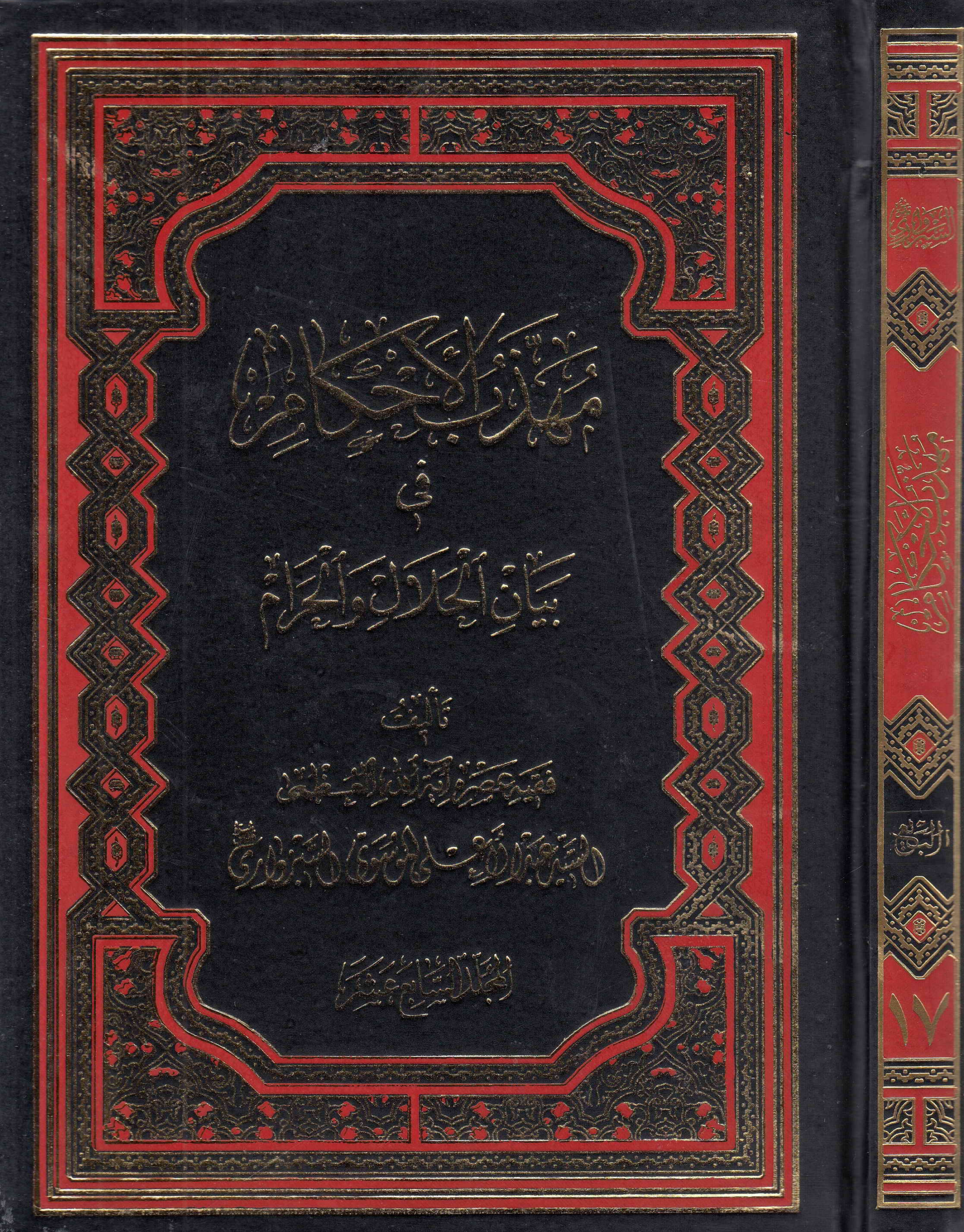
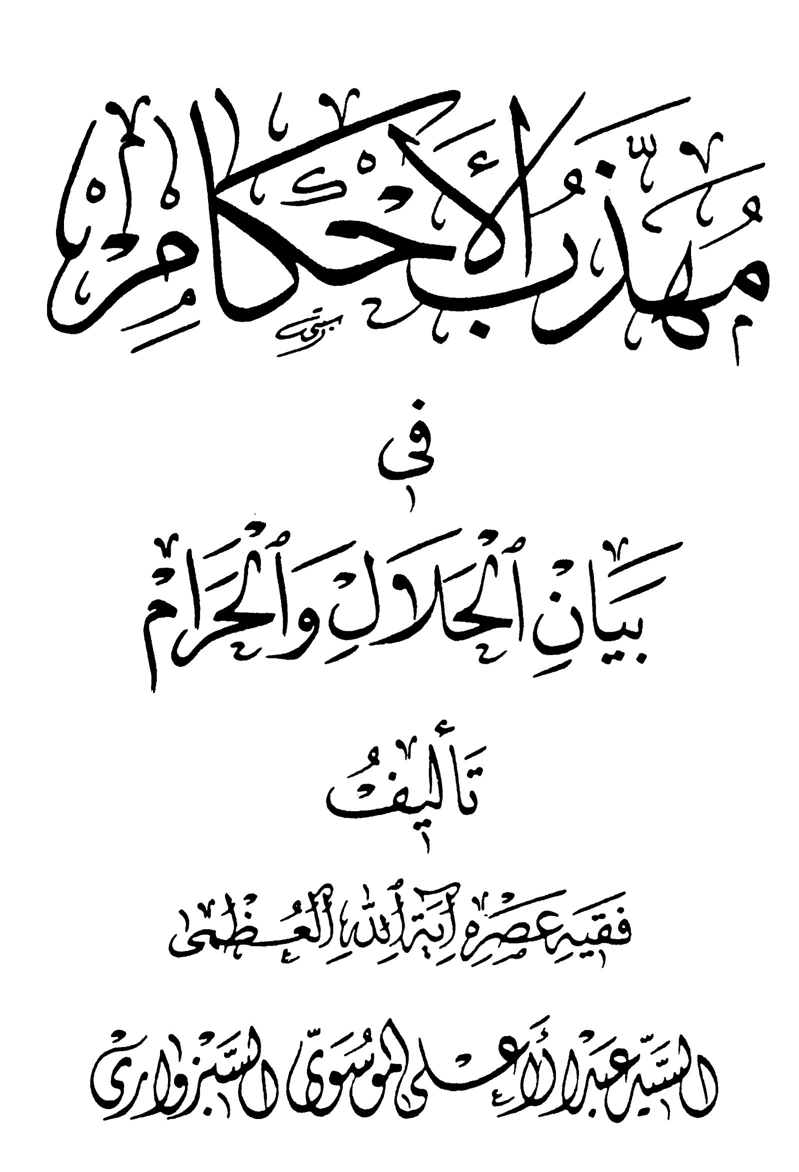

مهذب الأحكام
في
بيان الحلال والحرام
تأليف
فقيه عصره آية الله العظمى
السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري
المجلد السابع عشر
١٧




مهذب الأحكام
في بيان الحلال والحرام



المجلد السابع عشر

سرشناسه	:سبزواری، عبدالاعلی، ۱۲۸۸؟ ـ ۱۳۷۲.
عنوان و نام پدیدآور	مهذب‌الاحکام‌فی‌بیان‌حلال‌والحرام /تألیف‌عبدالاعلی‌الموسوی‌السبزواری.
مشخصات نشر	: قم: دارالتفسیر، ۱۳۸۷ ـ
مشخصات ظاهری	۳۰ ج
شابک	: دوره: 978-964-535-155-5
	ج ۱۷: 978-964-535-175-3
وضعیت فهرست نویسی	:فیپا
یادداشت	:عربی.
یادداشت	:کتاب حاضر شرحی بر «عروة الوثقی» محمد کاظم یزدی است.
عنوان قراردادی	: عروة الوثقی. شرح.
موضوع	:یزدی،محمدکاظم‌بن‌عبدالعظیم،۱۲٤۷؟ـ۱۳۳۸؟ق.عروة‌الوثقی – نقدوتفسیر.
موضوع	: فقه جعفری ـ ـ قرن ١٤ ق.
موضوع	: حلال و حرام.
شناسه‌افزوده	:یزدی،محمدکاظم‌بن‌عبدالعظیم،۱۲٤۷؟ـ۱۳۳۸؟ق.عروة‌الوثقی – شرح.
رده بندی کنگره:	BP ۱۸۳ / ۵ / ٤ی ع ٤۰۲۱۵۲ ۱۳۸۷
رده بندی دیویی	:۲۹۷/۳٤۲
شماره کتابشناسی ملی	۱٥٦۸۰۲۸

انتشارات دارالتفسیر

اسم الكتاب: مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام

الجزء: السابع عشر

تأليف: سماحة آية الله العظمىٰ السيد عبدالاعلىٰ السبزواري ﷺ

الطبعة: الاولىٰ

تاريخ الطبع: ١٤٣٠ هـ. ق ـ ١٣٨٨ هـ. ش ـ ٢٠٠٩ م

الناشر: دارالتفسير

المطبعة: نگين

الكميّة: ٢٠٠٠ نسخة

رقم الايداع الدولي للدورة: ٥-١٥٥-٥٣٥-٩٦٤-٩٧٨ / 978-964-535-155-5

رقم الايداع للجزء السابع عشر: ٣ـ١٧٥-٥٣٥-٩٦٤-٩٧٨ / 978-964-535-175-3

يوّزع هذا الكتاب:

العراق: النجف الأشرف، سوق الحويش، مكتبة المهذّب، الجوّال ٠٧٨٠١٥٤١٥٢٣

ايران: قم، شارع معلم، ميدان روح‌الله، انتشارات دارالتفسير، تليفون ٧٧٤٤٢١٢

بسم الله الرحمن الرحيم

فصل في شرائط العوضين

وهي أمور.

الأول: يشترط في المبيع أن يكون عينا[1].

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين

والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين الطاهرين

فصل في شرائط العوضين

العقود والقرارات المعاملية بين الناس متقومة بأمرين المتعاقدين والعوضين، وتقدم ما يتعلق بالأول، ونذكر في هذا الفصل ما يتعلق بالثاني إن شاء الله تعالى.

(١) للإجماع، والسيرة. وأما ما ورد في بيع خدمة المدبر، كخبر أبي مريم عن أبي عبدالله عليه السلام: «عن رجل يعتق جاريته عن دبر أ يطأها إن شاء، أو ينكحها، أو يبيع خدمتها حياته؟ فقال عليه السلام: أي ذلك شاء فعل»[1] وفي خبر

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب التدبير (كتاب العتق)حديث: ١ ج :١٦.

متموّلاً[٢]، سواء كان موجودا في الخارج أو كلياً في ذمة البائع أو في ذمة غيره، كأن يبيع ما كان له في ذمة غيره بشيء[٣]. فلا يجوز أن يكون المبيع

السكوني عن علي عليه السلام قال: «باع رسول الله صلى الله عليه وآله خدمة المدبر ولم يبع رقبته»[١] وما ورد في بيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها، كخبر إسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام قال: «سألته عن رجل في يده دار ليست له ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله، قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم ولا يدرون لمن هي فيبيعها ويأخذ ثمنها. قال عليه السلام: ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي ولا أظنه سيجيء لها رب أبداً. قال عليه السلام: ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكناها أو مكانها في يده، فيقول: أبيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي. قال ع: نعم يبيعها على هذا»[٢] وما ورد في بيع الأرض الخراجية[٣] مما هو ظاهر في تعلق البيع بالمنفعة فهو من المسامحة في التعبير لا أن يكون من البيع الحقيقي.

(٢) بإجماع العقلاء فضلاً عن الفقهاء. والمراد بالمال ما فيه غرض صحيح عقلائي غير منهي عنه شرعاً. والغرض إما نوعي أو صنفي أو شخصي خاص اتفاقي نادر، ولا ريب في صحة كون الأولين مناط مالية المال. وأما الأخير فهو كذلك أيضاً إن لم يستنكره المتعارف وإلا فلا. ولا فرق في النوعي والصنفي بين غلبة الوجود أو ندرته، كجملة من الأدوية لبعض الأمراض، وكذا بعض العتائق النادرة.

(٣) للإطلاقات والعمومات، مضافا إلى الإجماع في جميع ذلك، ولا فرق في ما هو الموجود في الخارج بين العين الشخصية والمشاع، والكلي في

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب التدبير (كتاب العتق) حديث: ٤.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٥.

(٣) راجع الوسائل باب: ٢١ من أبواب عقد البيع.

منفعة، كمنفعة الدار، ونحوها، أو عملا كخياطة الثوب مثلا، أو حقا، كحق التحجير والاختصاص [٤]. وأما الثمن فيجوز أن يكون منفعة أو عملا متمولا [٥] بل حقا قابلا للنقل والانتقال، بل يجوز أن يكون حقا قابلا للإسقاط وإن لم يكن قابلا للنقل والانتقال، كحق الخيار والشفعة [٦]، وإن

المعين فان له اعتبار خارجي أيضاً، ويأتي في أقسام البيع، وبيع السلف ما ينفع المقام.

(٤) لتبادر العين في مقابل المنفعة من المبيع عرفا، وصحة سلب البيع عنها، مضافا إلى ظهور إجماعهم عليه، وإطلاق كلام بعض اللغويين حيث قال:

«إن البيع مبادلة مال بمال» مبني على المسامحة، فلو وقع كل ذلك بلفظ البيع يكون فاسدا، ولو استوفى المنفعة يكون ضامنا لأجرة المثل، وكذا في مورد بيع الحق. ولو عمل في مورد الخياطة يستحق أجرة المثل على تفصيل تقدم في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. ولو كان لفظ البيع مستعملا عند قوم في الإجارة وظاهرا فيها يقع به ولا إشكال فيه حينئذ، لما مر أن المدار على الظواهر العرفية وهي تختلف.

(٥) كعمل المملوك، وعمل الحر مع الاستيفاء.

(٦) لصدق البيع عليه عرفا، فتشمله الإطلاقات والعمومات قهرا، ولا دليل على تقوم البيع بالتمليك من البائع والتملك من المشتري وإن كان هو الغالب فيه، بل حقيقته أنه جعل عين بعوض بالنحو المعهود، كما مر كان هناك تمليك أولا مع إمكان فرض التملك ثمَّ السقوط في ما لا يقبل النقل والانتقال أيضاً، لأن الاعتباريات خفيفة المؤنة جدا، فيصح أن يكون الثمن كلما فيه غرض صحيح غير منهي عنه، سواء كان عينا خارجيا شخصيا كانت أو مشاعا، أو كليا في المعين، أو كليا ذميا، أو منفعة أو عملا متمولا، أو حقا أو انتفاعا إن تحقق الغرض الصحيح في جميع ذلك، كل ذلك للإطلاقات والعمومات وعدم

كان الأحوط خلافه [٧]

الثاني: تقدير مقدار العوضين بكلما تعارف تقديرهما به وزنا أو كيلا أو مسامحة أو بغيرها من أنحاء التقديرات [٨]. فلا يكفي مجرد المشاهدة

ما يصلح للتقييد والتخصيص.

(٧) خروجا عن خلاف من قال ببطلانه، وإن لم يكن له دليل.

(٨) البحث في هذا الشرط من جهات.

الأولى: هل هو شرط تعبدي شرعي لا بد وأن يؤخذ من الشارع حتى نحتاج إلى التماس دليل فيه، أو هو من الأمور الفطرية نظير حلية أصل العقود والمعاملات النظامية؟ الحق هو الأخير، ولا وجه لاحتمال الأول، لأن هذا الشرط كان بين الناس قبل البعثة وحينها وبعدها في شرق الأرض وغربها في جميع أصناف الناس فإنهم يهتمون بجميع جهات أموالهم كاهتمامهم بنفوسهم بل أشد ومن أهم جهات الاهتمام بالأموال معرفة العوضين كما وكيفا في المعاوضات، فما ورد من الشرع، كقوله صلى الله عليه وآله: «نهى النبي عن الغرر»[١] أو «عن بيع الغرر»[٢] إرشاد إلى تقرير طريقتهم لا إيجاد تعبد خاص مخالف لسيرتهم، وكذا في جميع الأمور النظامية التي وردت الشريعة عليها من البيع والإجارة والنكاح والطلاق ونحو ذلك.

نعم، حددها الشارع بحدود وقيود، كما هو شأنه في جميع الموضوعات العرفية، فلا مجال لبحث الفقهاء وتطويل الكلام فيه ونقل أقوال بلا دليل عليها ولا أثر لها، لأن مثل هذه الأمور ليست استنباطية بل من العرفيات، ولذا نرى الرواة يسئلون عن بيع المكيل بغير الكيل أحيانا، فيستفاد منه أن اعتبار الكيل في

---

(١) الوسائل باب: ١٠ و١٢ من أبواب عقد البيع حديث: ٢ و١٣ وفي كنز العمال ج: ٤ صفحة: ٤١ حديث: ٣٩١ ـ ٣٩٣.

(٢) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب التجارة حديث: ٣.

المكيل مركوز في فطرتهم ومفروغا عنه لديهم ويسئلون عن حكم مخالفة هذا الأمر المركوز لديهم، كصحيح ابن محبوب عن زرعة عن سماعة: «سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل ولا وزن؟ فقال عليه السلام: أما إن تأتي رجلا في طعام قد كيل ووزن تشتري منه مرابحة فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم تزنه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن وقلت له عند البيع إني أربحك كذا وكذا وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس»[١] ومرسل ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل، فقال ع: إما أن يأخذ كله بتصديقه، وإما أن يكيله كله»[٢] ورواية ابن حمران قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه وأخذناه بكيله، فقال عليه السلام: لا بأس، فقلت: أ يجوز أن أبيعه كما اشتريته بغير كيل؟ قال عليه السلام: لا، أما أنت فلا تبعه حتى تكيله»[٣]

الثانية: الأغراض العقلائية والمقاصد المعاملية تختلف من جهات شتى.

فتارة: بالنسبة إلى ذوات الأشياء من حيث كونها حنطة أو شعير أو غيرهما من الأجناس مثلا.

وأخرى: بالنسبة إلى كيفياتها من الجودة والرداءة وسائر الأوصاف.

وثالثة: إلى الحد والكمية، فتكون نفس الكمية من حيث هي ملحوظة مستقلا مع قطع النظر عن مقدار المالية والقيمة السوقية، فعلى هذا لو وضع مقدارا من الحنطة في كفة من الميزان ومثله في الكفة الأخرى بحيث علم تساويهما من حيث المقدار ولكن لم يعلم أصل الكمية لا تصح المعاملة لفقد ما هو أهم المقاصد المعاملية وهو العلم بالكمية، وكذا لو كيل بمكيال مجهول.

نعم، تصح بعنوان المصالحة والتراضي المغتفر فيها مما لا يغتفر في غيرها.

الثالثة: لا ريب في اختلاف التحديدات باختلاف الأزمنة والأمكنة

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث :٧.

(٢) و (٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٣ و ٤.

اختلافا كثيرا، فرب شيء في زمان أو مكان موزون وهو بعينه في محل أو زمان آخر مكيل أو بالعكس، وكذا في المعدود والمدار في كل زمان أو مكان حكمه، ولا ريب في تغييره بتغير الموضوع.

وما قيل: من أن المناط على ما كان في زمان النبيّ صلّى الله عليه وآله مكيلا أو موزونا.

قول عليل قام على خلافه الدليل، لما مر من أن ذلك ليس من التعبديات الشرعية حتى يرجع إليه صلّى الله عليه وآله أو إلى زمانه مع وقوع الاختلاف في زمانه صلّى الله عليه وآله فراجع التواريخ.

الرابعة: يصح بيع الموزون كيلا أو بالعكس إذا كان كل منهما طريقا صحيحا معتبرا عرفا إلى المقدار الخاص المعهود، بل يصح بيع كل واحد منهما بالمساحة المعتبرة أيضاً، كما إذا فرض أن الحديد يباع وزنا مثلا كل كيلو بدرهم وكان حديد طوله بمقدار متر واحد مع تساويه في تمام سطحه من تمام الجهات بحيث يكون وزن تمامه بمقدار كيلو يصح بيع نصف المتر منه بنصف درهم، إذ المناط كله على إحراز الكمية المخصوصة للمال وقد أحرز بذلك والتحديدات كلها طريق إليها لا أن يكون لها موضوعية خاصة بوجه من الوجوه، ولا يعتبر قول فقيه في المقام بعدم الجواز لأنه ليس من أهل خبرة ذلك، بل يشكل اعتبار إجماعهم في نظائر المقام من العرفيات التي قد يكون أهل السوق أبصر منهم بالخصوصيات، مع إن النزاع لفظي، فراجع المطولات وتأمل فمن يقول بعدم بيع الموزون كيلا يقول ان الكيل ربما لا يكون بقدر الوزن وهو أضبط فلا يجوز من هذه الجهة، ومن يقول بالجواز يقول إن هذا خلف الفرض لأنا نقول في ما إذا أحرز التساوي من كل جهة، بل يجوز بيعهما عدا أيضاً، كما إذا جعل مقدارا خاصا من المبيع في علب مخصوصة كل علبة كمية معينة ثمَّ باع عددا كما شاع في هذا الأعصار في جملة كثيرة من الأشياء، بل يصح بيع المعدود كيلا أو وزنا إذا أحرزت الكمية المعينة بهما.

ولو حصل التفاوت عند بيع المكيل وزنا أو بالعكس، وكذا في سائر

والمجازفة [٩]، ولا تقديره بغير ما يكون به تقديره، كتقدير الموزون بالكيل أو العد، والمعدود بالوزن أو الكيل إذا لم يعلم قدر الوزن في الأول والعدد في الثاني [١٠]

موارد اختلاف التحديدات. فهو إما قابل للمسامحة عند المتعارف أو غير قابل لها، ولا بأس بالأول لوجود المقتضي وفقد المانع لأن المقدار معلوم في الجملة والتفاوت قابل للمسامحة فتشمله الإطلاقات والعمومات بلا إشكال. والثاني لا يصح لجهالة الكمية بعد فرض عدم المسامحة في التفاوت، والمسامحة وعدمها يختلفان بالنسبة إلى الأشياء اختلافا كثيرا، بل ربما يختلف بالنسبة إلى شيء واحد باختلاف الأزمنة والأمكنة، فقد يتسامح بشيء في الرخص بما لا يتسامح به عند الغلاء، كما لا يخفى. ولو شك في أنه قابل للمسامحة أو لا، يمكن القول بالصحة، لقاعدة الصحة.

الخامسة: الغرر والحرج والضرر يلاحظ كل واحد منها موردا للحكم من حيث الشخص لا من حيث النوع، لكونها موضوع الحكم فمع عدم تحققه بالنسبة إلى شخص كيف يتحقق الحكم بالنسبة إليه لأنه من الحكم بلا موضوع.

نعم، لو كان ذلك حكمة للحكم لا أن يكون قيدا وعلة له يكفي تحققه النوعي للحكم الشخصي أيضاً، ولكنه وان أمكن ثبوتا الا أنه لم يقم عليه دليل إثباتا، فلو كان شيء معلوما عند المتبايعين ومجهولا عند الناس يصح البيع وفي عكسه لا يصح، وحيث أن جملة من هذه المباحث أصبحت باطلا بفضل شيوع التحديدات المضبوطة العالمية فلا وجه لإطالة البحث بأكثر من ذلك.

(٩) لعدم إحراز كمية المال بها.

نعم، لو فرض إحرازها بها.

نعم، لو فرض إحرازها بها يكفي حينئذ كما قيل بالنسبة إلى بعض أهل الخبرة من أن ما يخبر بمشاهدته بمقدار المال لا يختلف عنه واقعا.

(١٠) لأنه حينئذ جهالة بكمية المال، فتكون موجبة للبطلان، كما

وأما إذا علم بذلك أيضاً فيصح ويجزي [١١]. ولو كيل جملة مما يعد أو مما يوزن بمكيال ثمَّ يحسب الباقي بحسابه يصح ولا إشكال فيه [١٢].

(مسألة ١): يجوز الاعتماد على إخبار البائع بمقدار المبيع فيشتريه مبنيا على ما أخبر به إن حصل الاطمئنان من قوله [١٣]. ولو تبين النقص

هو واضح.

(١١) لفرض إنه علم الوزن في الأول والعدد في الثاني، فيكون المقتضي للصحة موجودا والمانع عنها مفقودا، وبذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات فتأمل، فمن يقول بعدم الجواز أي في ما إذا لم تحرز الكمية ومن يقول بالجواز أي في صورة الإحراز.

(١٢) لأنه ليس من تقدير المعدود بالكيل أو الموزون به، بل هو نحو اختصار مغن عن التفصيل والتطويل في كل واحد منهما، ويدل على ذلك أيضاً صحيح ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعده فيكال بمكيال ثمَّ يعد ما فيه ثمَّ يكال ما بقي على حساب ذلك العدد، قال عليه السلام: لا بأس به»[١].

(١٣) لجملة من الأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله: «أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام أشتريه منه بكيله وأصدقه؟ فقال عليه السلام: لا بأس، ولكن لا تبعه حتى تكيله»[٢]

ومنها: مرسل ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل، فقال عليه السلام: إما أن يأخذ كله بتصديقه، واما

---

(١) الوسائل باب: ٧ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث :١.

(٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث :٨.

فله الخيار [١٤]، فأن فسخ يرد تمام الثمن وإن أمضى ينقص من الثمن بحسابه[١٥].

أن يكيله كله»[١]

ومنها: خبر محمد بن حمران: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه وأخذناه بكيله. فقال عليه السلام: لا بأس ـ الحديث ـ »[٢]

ولأن التقدير معتبر من حيث الطريقية إلى حصول الاطمئنان بكمية المال والمفروض حصوله من اخبار البائع، مضافا إلى ظهور إجماعهم عليه، وتقتضيه السيرة العملية بين التجار أيضاً.

وأما صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم وإن صاحبه قال للمشتري: ابتع منى من هذا العدل الآخر بغير كيل، فان فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت. قال عليه السلام: لا يصلح الا بكيل ـ الحديث ـ »[٣]

فلا بد من حمله على صورة عدم حصول الاطمئنان العرفي، أو عدم إيقاع المعاملة مبنيا على اخباره، وكذا الحكم لو لم يعلما المقدار ولم يخبر البائع واكتفيا باشتراط المقدار فيصح ويجزي. وكذا يصح الاكتفاء لو كتب المقدار على المتاع كما هو الشائع في جملة من الأمتعة في هذه الأعصار.

(١٤) لانحلال العقد بالنسبة إلى أجزاء المقدار وتخلف جزء منه يوجب الضرر على المشتري فلا بد من تداركه بالخيار.

(١٥) لأن الثمن يقسط بالنسبة إلى الأجزاء. فما وصل من المثمن إلى المشتري تملك عوضه البائع من الثمن وما لم يصل إليه يكون مقداره من الثمن باقيا على ملك المشتري. وقيل يبطل أصل البيع لأن المعقود إنما هو المقدار

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٣ و ٤.

(٣) الوسائل باب: ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث :٢.

ولو تبينت الزيادة فهي للبائع وللمشتري الخيار [١٦].

(مسألة ٢): كما يصح الاعتماد على قول البائع مع حصول الاطمئنان[١٧]، يصح الاعتماد على قول أهل الخبرة أيضاً مع حصوله [١٨].

(مسألة ٣): لو كان شيء له أجزاء وأفراد وهي متحدة من كل جهة في أصل المالية وخصوصياتها الموجبة لزيادة الرغبات والقيمة يجوز بيع ذلك الشيء بأنحاء مختلفة.

الأول: بيع المجموع من حيث المجموع [١٩].

الثاني: الجزء المشاع منه ـ ثلثا أو ربعا أو عشرا

الخاص، فما وقع عليه العقد لم يقصد وما قصد لم يقع عليه العقد.

وقيل: انه لو أمضاه يرجع بشيء من الثمن، لأن الثمن انما وقع بإزاء وصف المبيع بمقدار كذا والأوصاف لا يقسط عليها الثمن. ولا ريب في بطلان القولين.

أما الأول: فلأن العقد انحلالي لا أن يكون بسيطا متعلقا بالبسيط.

وأما الثاني: فممنوع صغرى وكبرى لأن الوصف هنا عنوان مشير إلى الاجزاء لا أن يكون في مقابلها، وأما الكبرى فيأتي البحث عنها في باب الخيارات إن شاء الله تعالى.

(١٦) أما الخيار فلأجل الشركة مع مال البائع لأنها نحو نقص في مقابل الاستقلال المطلق على المال وأما كون الزيادة للبائع فهو معلوم.

(١٧) لأنه حجة عقلائية، كما تقدم مرارا.

(١٨) لأن المدار على المسبب لا على السبب، ومر أنه حجة.

(١٩) مع كونه معلوما كيلا أو وزنا أو عدا أو بغير ذلك مما يكون طريقا لمعلوميته، ويصح البيع للإطلاقات والعمومات.

أو غير ذلك [٢٠].

الثالث: بيع فرد موجود في الخارج في ضمن الكلي المتحقق فيه [٢١].

---

(٢٠) بلا إشكال في صحة البيع، لما تقدم من الإطلاقات والعمومات.

(٢١) الفرق بينه وبين سابقة أن في السابق كل جزء من أجزاء ذلك الشيء مشترك بين البائع والمشتري بحسب قدر المبيع، فإذا كان المبيع ثلث المتاع مثلا يكون كل جزء من الأجزاء المفروضة في ذلك الشيء ثلثه للمشتري وبقيته للبائع، وليس كذلك في القسم الثالث فان فيه تمام الشيء للبائع إلا المقدار المبيع للمشتري. فإذا باع كيلو من كيس سكر مقداره مائة كيلو مثلا فإنه يجوز للبائع التصرف في تمام الشكر فإذا بقي كيلو واحد لا يجوز له التصرف فيه حينئذ، ويعبر عن هذا القسم بالكلي في المعين، وهذا بخلاف القسم الثاني فإنه لا يجوز للبائع التصرف في أي جزء من المبيع ولو كان بقدر ذرة لكونه مورد حق المشتري أيضاً. وقد أستدل للبطلان في القسم الثالث.

تارة بالجهالة.

وأخرى بالإبهام.

وثالثة بالغرر.

ورابعة بأن الملك صفة وجودية لا بد له من محل وجودي، والمردد لا وجود له.

والكل باطل: كما هو معلوم، لأن الوجوه الثلاثة الأولى من الاستدلال على البطلان يرجع إلى شيء واحد، وهو الغرر، ولا ريب في انتفائه عرفا، والملكية أمر اعتباري يكتفي فيه بالموضوع الاعتباري أيضاً، ولا ريب في صحة اعتبار الكلي في المعين عقلا وعرفا فتشمله الأدلة الشرعية قهرا.

الرابع: أن يبيع في الذمة بشرط إعطائه مما في الخارج [٢٢]، هذا في المتساوي. وأما في مختلف الأجزاء فلا يجوز [٢٣].

(مسألة ٤): كل مورد يكتفي المتعارف فيه بالمشاهدة تجزي المشاهدة عن الوزن والكيل والعد [٢٤]، وما تعارف الاكتفاء في تعيين مقداره بالمساحة لا بد من التعيين بها ويجوز بغيرها إن أفاد فائدتها [٢٥]، كما انه يصح الاكتفاء بالمقاييس الحديثة المصنوعة لتعيين مقدار جملة من الأشياء [٢٦].

(مسألة ٥): إذا اختلفت البلاد في طريق تعيين المقدار فلكل بلد حكم نفسه، ومع اختلاف بلد الوجود والمعاملة، فالمدار على بلد المعاملة إن لم تكن قرينة على الخلاف [٢٧].

---

(٢٢) بلا إشكال في الصحة أيضاً، لما تقدم.

(٢٣) لمكان الغرر المنهي عنه شرعا.

(٢٤) لفرض جريان العادة على إحراز كمية مالية المال بها فتشمله الإطلاقات والعمومات وهي تختلف باختلاف البلاد والحالات، فيمكن أن يكون شيء واحد يكتفي فيه بالمشاهدة في بلد دون آخر، وفي حالة دون أخرى.

(٢٥) لأن تعيين مقدار كمية تلك الأشياء انما هو بالمساحة عرفا ـ كالأراضي والأقمشة ونحو هما مما هو كثير ـ ولو علم إن عشرة أمتار من قماش كذا يكون بقدر كيلو ـ مثلا ـ يصح الاكتفاء بالوزن حينئذ، لكونه طريقا إلى إحراز مساحته الخاصة.

(٢٦) لفرض كونها طريقا لتعيين الكمية والمقدار، ويكتفي المتعارف بها في احرازهما.

(٢٧) لكون ذلك كله هو المتعارف بين الناس فتنزل الأدلة عليه.

(مسألة ٦): إذا كان الشيء معلوما للمتعاملين قبل المعاملة يصح الاكتفاء به ما لم يتغير [٢٨]، وإذا كان العوضان معلومين حين إنشاء المعاملة وعرضت الجهالة عليهما بعد تمامية العقد لا يضر ذلك بالصحة [٢٩]. وكذا تصح المعاملة لو كانا مجهولين حين الإنشاء وعلماء بأنهما يصيران معلومين حين التسليم والتسلم [٣٠].

(مسألة ٧): لو كان المبيع معلوما عند الوكيل المفوض ولم يكن معلوما عند الموكل تصح المعاملة، ويمكن الصحة في العكس أيضاً [٣١].

(مسألة ٨): لو كان الثمن معلوما عند البائع دون المشتري والمثمن معلوما عند المشتري دون البائع فكل منهما يعلم بالكمية في الجملة وأنه وصل بقدر عوض ماله إليه تصح المعاملة [٣٢].

(مسألة ٩): لا يجب ذكر المقدار في المعاملة لفظا إذا كان معلوما [٣٣] بلا فرق بين المعاطاة وغيرها [٣٤]، فلو كان عند البائع كيسا من السكر وزنه كيلو ـ مثلا ـ وقيمته درهم وكان في يد المشتري درهم فقال البائع بعت هذا بهذا صح.

(مسألة ١٠): لو وقعت المعاملة ثمَّ شك في أن العوضين كانا معلومين حين البيع أولاً، تحمل على الصحة إلا مع القرينة على

---

(٢٨) لأصالة عدم التغيير.

(٢٩) لانتفاء الغرر فيه عرفا.

(٣٠) لما تقدم في سابقة من انتفاء الغرر.

(٣١) لعدم صدق المعاملة الغررية بحسب النتيجة عند متعارف الناس.

(٣٢) لعدم جهالة وغرر في البين.

(٣٣) لأن الذكر اللفظي طريق إلى المعلومية والمفروض تحققها.

الخلاف [٣٥].

الثالث من شرائط العوضين: معرفة جنسهما وأوصافهما التي تتفاوت بها القيمة وتختلف بها الرغبات، إما بالمشاهدة أو التوصيف الرافع للجهالة [٣٦]، ويجوز الاكتفاء بالرؤية السابقة إذا اطمأن بالبقاء وعدم التغير [٣٧]، وإذا تبين التغيير تخير المتضرر منهما ـ وهو البائع إن تغير إلى ما يوجب زيادة القيمة، والمشتري إن تغير إلى ما يوجب النقصان [٣٨] ولو اتفقا على الصفات السابقة وأنها كانت كذا وكذا باتفاق منهما واختلفا في البقاء إلى حال العقد وعدمه، فادعى أحدهما البقاء وأنكره الآخر يقدم قول من يدعى البقاء [٣٩]. وكذا لو علم حصول التغيير وشك في تاريخه وأنه

---

(٣٥) لأصالة الصحة الجارية فيها.

(٣٦) باتفاق العقلاء فضلا عن إجماع الفقهاء، وهذا الشرط أيضاً من الفطريات لا من التعبديات، ولا وجه لاطالة القول فيه، كما هو معلوم.

(٣٧) للأصل، والسيرة بين الناس.

(٣٨) لقاعدة نفي الضرر والضرار التي هي من القواعد النظامية، وقد قررتها الشريعة المقدسة، مضافا إلى سيرة المتشرعة بل العقلاء في عدم الالتزام بالرؤية السابقة من كل جهة في هذه الصورة. فأصل البيع وقع صحيحا، لوقوعه على ذات ما رؤي سابقا، والخصوصيات بمنزلة الشروط المبنية عليها العقد فلا محالة يوجب تخلفها الخيار. وما يتوهم من أنه حيث لم يذكر التوصيف والشرط في اللفظ فلا منشأ للخيار.

فاسد: لأن الذكر اللفظي طريق إلى إحراز وقوع التباني المعاملي والالتزامات النوعية أيضاً كاشفة عن ذلك، فالمناط على إحراز البناء المعاملي بأي وجه اتفق.

(٣٩) لأصالة البقاء، وعدم عروض التغيير، وهذان الأصلان مقدمان على

حدث بعد العقد أو قبله مع العلم بتاريخ العقد [٤٠]، وكذا مع الجهل بتاريخ وقوع العقد [٤١]، وإن اتفقا على الصفات الموجودة حال العقد واختلفا في أنها هي المرئية سابقا، أو أنها زالت وهي غيرها فللمتضرر منهما الخيار [٤٢]، وكذا الكلام لو اتفقا على التغيير بعد المشاهدة ووقوع

أصالة بقاء سلطنة المنكر على ماله.

(٤٠) لأصالة عدم التغيير إلى زمان حدوث العقد، فلا يجب على مدعى البقاء إعطاء شيء إلى المنكر، ولا يثبت للمنكر جواز العقد.

(٤١) لما مر من أصالة عدم التغيير، ولا يعارض بأصالة عدم وقوع العقد حال التغيير. لأنها لا تثبت وقوعها حال وجود الصفات إلا بالأصل المثبت الذي ثبت بطلانه.

(٤٢) لأصالة بقاء علقته بالنسبة إلى من انتقل عنه في الجملة.

وأشكل عليها. تارة: بأنه مع اعترافهما بوقوع البيع لا وجه لجريان هذا الأصل.

وأخرى: بمعارضتها مع أصالة اللزوم.

وثالثة: بأصالة عدم التغيير، وقد يتمسك بأصالة عدم وقوع العقد على الموجود.

والكل باطل. أما الأول: فلأن الاعتراف إنما هو على وقوع طبيعي البيع وهو لا ينافي النزاع في بعض خصوصيات المبيع، كما هو واضح.

وأما الثاني: فلأن أصالة بقاء العلقة مقدمة على أصالة اللزوم، كما هو المسلم في كل أصل سببي بالنسبة إلى الأصل المسببي.

وأما الثالث: فلأنها بنفسها ليست موردا للأثر الشرعي، بل الأثر مترتب على تعلق البيع بالموجود أو بغيره، ولا ريب في أنها بالنسبة إليهما مثبتة كوضوح كون الأخير مثبتا بالنسبة إلى وقوع العقد على غير الموجود الا أن يراد

العقد على الوصف المشاهد واختلفا في تقدم التغيير على البيع وعدمه [٤٣].

(مسألة ١١): كل شيء جرت السيرة فيه على اختباره طعما أو ريحا يجوز فيه الاختبار كذلك، بل قد يجب [٤٤]. كما يجوز الاعتماد على

بها إثبات وجوب الوفاء واللزوم، فلا يكون مثبتا حينئذ. والتسمك بالأدلة اللفظية تمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وحيث إنه لا نص ولا إجماع في البين صارت المسألة مورد ازدحام الأصول ومعترك آراء الفحول، وإن شئت التفصيل مع التشويش في المقام فراجع المطولات مع ما علق على بعضها شيخنا المحقق المدقق قدس سره لعلك تجد تلخيصا أخصر وأنفع مما تعرضنا له.

(٤٣) لعين ما مر في المسألة السابقة من غير فرق، وطريق الاحتياط التصالح والتراضي في مطلق هذه المسائل المضطربة الأقوال والدلائل.

(٤٤) ان توقف رفع الغرر عليه، واختلفت الأغراض المعاملية والرغبات بالنسبة إلى مراتب الطعم والرائحة، وتدل عليه رواية محمد ابن العيص: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ما يذاق يذوقه قبل أن يشتري؟ قال عليه السلام: نعم فليذقه، ولا يذوقن ما لا يشتري»[١] ثمَّ إن البحث في هذه المسألة من جهتين.

الأولى: في الحكم التكليفي في التصرف في مال الغير لأجل الطعم أو الاستشمام، وحكمه إنه إن أحرز من السيرة الرضاء به، فلا إشكال فيه والا فيلزم الاسترضاء أولا ثمَّ الاختبار، لأصالة عدم جواز التصرف في ملك الغير إلا بإذنه.

الثانية: في كفاية اختبار الطعم والاستشمام لإحراز الصحة والفساد، ولا ريب في صحة الاكتفاء بهما مع فرض كونهما طريقا متعارفا لإحراز الصحة وبعد كون مطلوبيتهما من باب الطريقية فيصح الاعتماد على التوصيف

---

(١) الوسائل باب: ٢٥ من أبواب عقد البيع حديث :١.

التوصيف والاشتراط، بل يجوز الاعتماد على أصالة الصحة وعدم الفساد.

وما يفسده الاختبار يجوز ابتياعه بلا اختبار معتمدا على التوصيف، أو الاشتراط، أو الأصل (٤٥)، وحينئذ فإن ظهر عيب فله خيار العيب على تفصيل يأتي في محله، وإن ظهر عدم المالية له رأسا يتدارك بالأرش

والاشتراط وأصالة الصحة أيضاً، لفرض إن الطعم والرائحة ملحوظ من حيث الطريقية فيقوم مقامها كلما صح استفادة هذه الجهة سنه ومع التخلف يثبت الخيار، نعم لو فرض أنهما ملحوظان من حيث الموضوعية الخاصة، بدعوى إن بدعوى إن الأذواق والمشام مختلفة غاية الاختلاف فلا بد وأن تلحظ ذلك موضوعية فلا تقوم مقامها غيرها.

وفيه: إن لكل طعم ورائحة جهة نوعية بها تكون كاشفة عن الصحة فلا وجه لملاحظة خصوصيات الأذواق والمشام، وبذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات، فمن يقول بالطريقية يصح له القول بقيام التوصيف ونحوه مقامهما، ومن يقول بالموضوعية لا يقول به، وقد تقدم أنه لا وجه له، فراجع وتأمل. وقد ذهب موضوع جملة كثيرة من هذه المسائل بفضل تعيين التحديدات الدقية لكل شيء وتعيين الدرجات والنمرات والأسعار بحسبها.

(٤٥) لما مر من أن الاختبار طريق إلى إحراز السلامة، وبذلك كله يمكن إحرازها فيرتفع الغرر.

نعم، لو كان للاختبار موضوعية خاصة لا يصح الابتياع حينئذ، للغرر ولا يمكن دفعه بالاشتراط والتوصيف والأصل، لفرض الموضوعية في الاختبار، ولا يقوم ذلك مقام ما يعتبر بنحو الموضوعية لأنه حينئذ من قبيل ما يدرك ولا يوصف. ثمَّ انه لو اختبر بنفسه وتبين الخلاف لا خيار له، لأنه بنفسه أقدم على تضرره.

المستوعب [٤٦].

(مسألة ١٢): بيع المجهول من كل جهة باطل [٤٧]**، وكذا مع المعلوم بحيث تسري الجهالة إليه أيضاً** [٤٨]**.**

---

(٤٦) لصحة البيع بحسب اعتبار المالية الظاهرية ويبطل من حين ظهور الخلاف لأمر سابق على البيع، فمقتضى قاعدة نفي الضرر تداركه بالأرش المستوعب بالنسبة إلى المشتري. واحتمال بطلان أصل البيع من رأسه ورجوع تمام الثمن إلى المشتري مبني على أن المعتبر في مالية المبيع المالية الواقعية، وعدم كفاية الاعتبارية الظاهرية منها، وهو احتمال حسن ثبوتا ولا دليل عليه إثباتا، والأحوط التصالح والتراضي مطلقا، كما إن الأحوط التراضي في الثمرة المترتبة بين القولين، ويجوز للبائع التبري من العيب فيكون الثمن له مجانا، لإقدام المشتري عليه مع علمه والتفاته.

(٤٧) لاتفاق الفقهاء، ولحديث نفي الغرر[١] وفي النبوي عنه صلى الله عليه وآله: «انه نهى عن المجر، ونهى عن الملاقيح والمضامين، ونهى عن بيع حبل الحبلة وذلك غرر»[٢] وعنه صلى الله عليه وآله أيضاً: «أنه نهى عن المنابذة والملامسة وبيع الحصاة لأنها غرر كلها»[٣] وعن أمير المؤمنين عليه السلام: «أنه سئل عن بيع السمك في الآجام واللبن في الضرع والصوف في ظهور الغنم. قال عليه السلام: هذا كله لا يجوز لأنه مجهول غير معروف يقل ويكثر وهو غرر»[٤]

(٤٨) لأنه مع فرض السراية يكون من بيع المجهول فيبطل بالنسبة إلى المجموع. ولكن نسب إلى المشهور الجواز لأجل المستفيضة الواردة في

---

(١) تقدم في صفحة :٧.
(٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب عقد البيع حديث :٢.
(٣) الوسائل باب: ١٢ من أبواب عقد البيع حديث :١٣.
(٤) مستدرك الوسائل باب: ٧ من أبواب عقد البيع حديث :١.

مسألتي السمك واللبن، كخبر البزنطي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا كان أجمة ليس فيها قصب أخرج شيء من السمك فيباع وما في الأجمة»[١] وفي خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنما هي ماء، قال عليه السلام: تصيد كفا من سمك، تقول: أشترى منك هذا السمك وما في هذه الأجمة بكذا وكذا»[٢] وفي موثق إسماعيل بن الفضل الهاشمي عنه عليه السلام: «في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الرجال وبخراج النخل والآجام والطير وهو لا يدري لعله لا يكون من هذا شيء أبدا. أو يكون، أ يشتريه وفي أي زمان يشتريه ويتقبل منه؟ قال: إذا علمت أن من ذلك شيئا واحدا انه قد أدرك فاشتره وتقبل منه»[٣] وفي صحيح عيص قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل. قال عليه السلام: نعم حتى تنقطع أو شيء منها»[٤] وفي موثق سماعة: «سألته عن اللبن يشترى وهو في الضرع، فقال: لا، إلا أن يحلب لك من ه أسكرجة، فيقول: اشتر مني هذا اللبن الذي في الأسكرجة وما في ضروعها بثمن مسمى، فان لم يكن في الضرع شيء كان ما في الأسكرجة»[٥] وفي موثق الكرخي عن أبي عبد الله عليه السلام: «ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهما، فقال: لا بأس بذلك إن لم يكن في بطونها حمل رأس ماله في الصوف»[٦]

وفيه. **أولا**: إن النسبة إلى المشهور غير ثابتة للاختلاف الكثير في معنى التبعية، فمن قائل بأنه ما كان شرطا في مقابل الخبر، ومن قائل بأن المراد التبعية العرفية، وهو على أقسام، ومن قائل بأنه التابع في الغرض والداعي المعاملي، ومن قائل بأن المراد منه التباني الفعلي على المعلومية بحسب بناء المتعاملين،

(١) و (٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث :٢، ٦.
(٣) الوسائل باب: ١٢ من أبواب عقد البيع حديث :٤.
(٤) الوسائل باب: ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث :١.
(٥) الوسائل باب: ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث :٢.
(٦) الوسائل باب: ١٠ من أبواب عقد البيع حديث :١.

و أما بيعه تبعا للمعلوم فيصح [٤٩]. وكذا بيع كل واحد منهما مستقلا بأن

ومع هذا الاختلاف كيف تتحقق الشهرة على شيء.

وثانيا: إن الأخبار التي أستند إليها قاصرة الدلالة، لأن الجهل.

تارة: في الوجود.

وأخرى: في الحصول.

وثالثة: في الأوصاف اللازم اعتبارها في العوضين، ومقتضى إطلاق بعض الكلمات صحة الجميع مع الضميمة، واستفادة كل ذلك من الأخبار مشكل. مع ان في مورد خبر البزنطي وأبي بصير يكون من ضم المجهول إلى المجهول، وهو مما لا يقول به أحد.

ويمكن أن يقال: أن المبيع في جميع هذه الموارد معلوم عند متعارف أهل الخبرة بهذه الأمور إلا في ما يتسامح فيه والضميمة إنما هي إما للتعرف على صفات المبيع، أو للاستيثاق منه. فليس في هذه الأخبار مخالفة للقاعدة في شيء، وما كان مخالفا لها لا بد من رده إلى أهله.

(٤٩) لعدم الغرر في المبيع الذي هو المقصود الأصلي، ولا بأس بجهالة ما يتبع المبيع إذا لم تسر الجهالة إليه، ويدل عليه جملة من الأخبار.

منها: ما تقدم في موثق سماعة وصحيح العيص[١]

ومنها: ما ورد في بيع الآبق مع الضميمة ففي موثق رفاعة النخاس عن أبي الحسن موسى عليه السلام: «أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة وأعطيهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال عليه السلام: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوبا أو متاعا، فتقول لهم: أشترى منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهما، فأن ذلك جائز»[٢] إلى غير ذلك من الأخبار.

ولا فرق في الجواز بين كون التبعية عرفية، أو من الالتزام في ضمن

---

(١) تقدم في صفحة :٢٣.

(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد البيع حديث :١.

ينحل البيع إلى بيعين [٥٠].

(مسألة ١٣): يجوز بيع الظرف مع المظروف ومنه بيع المسك في فأره[٥١]، ويجوز أن يندر للظرف بما هو معلوم المقدار بلا زيادة ونقيصة، أو معهما لكن بما يتسامح فيه [٥٢]، وإن كان مع أحدهما بما لا

الالتزام.

نعم، إذا كانت تقييدية فالظاهر البطلان لأجل السراية، ويمكن حمل ما ورد في صحة بيع الآبق مع الضميمة على كون الضميمة مستقلة بالبيع والآبق تبع فيكون مطابقا للقاعدة حينئذ. ولكن يبطل في العكس بأن يبيع المجهول مستقلا والمعلوم تبعا إن لم ير العرف ذلك من الانحلال إلى بيعين.

(٥٠) فيصح في المعلوم ويبطل في المجهول، لفرض انحلال البيع إلى بيعين.

(٥١) للإطلاقات والعمومات، والسيرة العقلائية في بيع الادهان والعطور والمعلبات وغيرها مما لا يحصى. وأما بيع المسك في فأرة فلا اشكال فيه للإجماع، والسيرة، وقد تقدم بعض ما يتعلق به في كتاب الطهارة[١].

(٥٢) للنص والإجماع، وتقتضيه السيرة أيضاً، ففي موثق حنان: «كنت جالسا عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له معمر الزيات: إنا نشتري الزيت في زقاقه ويحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق. فقال عليه السلام: إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه»[٢] وقوله عليه السلام: «إن كان يزيد وينقص فلا بأس» بيان للغالب من الزيادة أحيانا والنقيصة كذلك بما يتسامح فيه، وهذا القيد كالقرينة القطعية المحفوفة بالكلام بحسب نوع المعاملات وملاحظة نوع

---

(١) راجع الجزء الأول ص :٣١٦.

(٢) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب عقد البيع حديث :٤.

يتسامح فيه فلا يصح البيع (٥٣).

الرابع ـ من شروط العوضين: كونهما ملكا طلقا (٥٤) فلا يجوز بيع

الناس. وقوله عليه السلام: «و إن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه» كناية عن التفاوت الذي لا يتسامح فيه، فيكون الحديث مطابقا للقاعدة. وهناك احتمالات أخرى في قوله عليه السلام ومن شاء فليراجع المطولات. ومن الأخبار صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «سألته عن الرجل يشتري المتاع وزنا في الناسية والجوالق، فيقول: ارفع للناسية رطل أو أقل أو أكثر من ذلك، أ يحل ذلك البيع؟ قال عليه السلام: إذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق فلا بأس إذا تراضيا»[١] وخبر علي ابن أبي حمزة: «سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام فقال: جعلت فداك إني رجل أبيع الزيت ـ إلى أن قال ـ قلت: فإنه يطرح لظروف السمن والزيت لكل ظرف كذا وكذا رطلا، فربما زاد وربما نقص، فقال عليه السلام: إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس»[٢] والمراد بالتراضي منهما أي كون الزيادة والنقيصة مما يتسامح فيها.

(٥٣) للجهالة، وعدم استفادة صحة هذه الصورة من الأخبار، مع ما مر من أن الأخبار ليس فيها تعبد في شيء وإنما وردت مطابقة للقاعدة.

(٥٤) إجماعا من المسلمين بل ضرورة من فقههم ان لم يكن من الدين، وقد تقدم في بيع الفضولي، قوله صلى الله عليه وآله: «لا بيع إلا في ما يملك»[٣] وغيره من الأخبار فراجع، هذا بالنسبة إلى أصل اعتبار الملكية أي مالكية التصرف. وأما الطلقية فهي عبارة عن الملكية المحضة من حيث تمام المقتضى وفقدان أي مانع من الموانع المتصورة، ويصح أن يتصف بها نفس الملك من باب الوصف بحال الذات، كما يصح أن تتصف بها السلطنة أيضاً من باب الوصف بحال

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب عقد البيع حديث: ٣، ١.

(٣) مستدرك الوسائل باب: ١ من أبواب عقد البيع حديث :٣.

الماء والعشب والكلأ قبل حيازتها والسموك والوحوش قبل اصطيادها، والموات من الأرض قبل إحيائها (٥٥).

نعم، إذا استنبط بئرا في أرض مباحة ملك ماءها، وكذا لو حفر نهرا وأجرى فيه الماء من ماء مباح، كالشط ـ مثلا ـ ملك ماءه فله حينئذ بيعه، كسائر أملاكه (٥٦). وكذا لا يجوز بيع الرهن إلا بإذن المرتهن أو

المتعلق، فيصح أن يقال ملك طلق، كما يصح أن يقال سلطنة طلقة، وليس لهذا التعبير عين ولا أثر في الأخبار. وإنما ذكره الأساطين من جهة كونه عنوانا مرآتيا إجماليا عن موارد الحجر في التصرف اما لقصور في مقتضى الملكية أو لمانع عن التصرف، فاكتفوا بذكر هذا العنوان الإجمالي عن تعداد موارد الحجر، فيكون دليل اعتبار هذا الشرط مضافا إلى الإجماع والسيرة من المتشرعة بل العقلاء، جميع الأدلة الدالة على اعتبار عدم الحجر في الموارد المتفرقة فتأمل في ما قلناه ثمَّ راجع ما ذكر في الجواهر والمكاسب تجد الخدشة فيه ظاهرة.

(٥٥) لأن الناس في جميع ذلك شرع سواء، وليس أحد أولى بها من الآخر قبل الحيازة والاصطياد والاحياء، ويدل على ذلك جملة من الأخبار.

منها: موثق محمد بن سنان عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن ماء الوادي، فقال عليه السلام: إن المسلمين شركاء في الماء والنار والكلأ»[١] ومفهوم صحيح إدريس بن زيد عن أبي الحسن عليه السلام: «قلت له: الرجل يبيع المراعي، فقال عليه السلام: إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس»[٢] ويأتي تفصيله في كتاب الاحياء والمشتركات إن شاء الله تعالى.

(٥٦) لأن ذلك من فروع الملكية بالحيازة، فيكون حفر البئر والنهر موجبا لحيازة الماء المباح الحاصل فيها، ويملكه بالحيازة ويكون حينئذ كسائر أملاكه،

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب إحياء الموات حديث :١.

(٢) الوسائل باب: ٢٢ من أبواب عقد البيع حديث :١.

إجازته [٥٧]. وإذا باع الراهن العين المرهونة ثمَّ افتكت يصح البيع بلا

ويدل عليه طائفة من الروايات على ما يأتي تفصيله في حيازة المباحات.

(٥٧) للنص، والإجماع، قال النبي صلى الله عليه وآله: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»[١] ومفهوم صحيح معاوية بن عمار قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن العبد أو الثوب أو الحلي أو متاع البيت، فيقول صاحب المتاع للمرتهن: أنت في حل من لبس هذا الثوب فالبس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدام الخادم. قال عليه السلام: هو له حلال إذا أحله، وما أحب أن يفعل ـ الحديث ـ »[٢] فيكون بيع الرهن بدون اجازة المرتهن من صغريات بيع الفضولي، لأنه عبارة عما وقع بلا إذن من له الاذن، سواء كان مالكا أو لأجل ان له نحو حق فيه.

وأما ما يستدل به لعدم كون المقام من الفضولي.

تارة: بأن المتيقن منه ما إذا كان البيع عن غير المالك بلا إذن منه، وهنا يكون البائع هو المالك فلا وجه لأن يكون منه.

وأخرى: بأنه بناء على الكشف في الإجازة يلزم أن يكون ملك غير الراهن رهنا ووثيقة لدين غير المالك.

وثالثة: بأن الرهن والبيع متنافيان لا يجتمعان.

ورابعة: بأن النهي عن بيع الرهن داخلي يكشف عن الفساد، فيفسد أصل البيع.

فالكل باطل: أما الأول: فلأن المراد بالفضولي كل من ليس له السلطنة التامة إما لعدم المقتضي أو للمانع أي مانع كان ذلك المانع فيشمل بيع الراهن والمفلس والمريض وعقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها، والأمة على

---

(١) مستدرك الوسائل باب: ١٧ من أبواب الرهن حديث :٦.

(٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب أحكام الرهن حديث :١.

حاجة إلى الإجازة (٥٨). ويجوز بيع العبد الجاني ـ عمديا كانت

الحرة وغير ذلك، فكل مورد يكون عدم الصحة لحق الغير ويكفي إذنه السابق تكفي إجازته اللاحقة على ما هو المقطوع به من طريقة الأصحاب إلا في موارد خاصة دل الدليل الخاص على الخلاف.

وأما الثاني: فيمكن القول ببطلان الرهانة حين صدور البيع، كما يمكن القول ببقائها، إذ لا يعتبر في العين المرهونة أن يكون ملكا للراهن ويكون الخيار للمشتري إن شاء أمضى الرهن وإن شاء فسخ البيع إذا جهل به وأما إذا علم فيصح البيع والرهن ولا خيار له.

وأما الثالث: فلأنه لا تنافي بين البيع والرهن، ويأتي في محله إنه لا يعتبر في الرهن أن يكون الراهن مالكا للعين المرهونة، فإذا جاز ابتداء رهن ملك الغير جاز استدامته أيضاً على ما يأتي في محله إن شاء الله تعالى.

وأما الرابع: فلأن النهي إنما هو لأجل مراعاة حق المرتهن فإذا أجاز فلا مانع في البين لوجود المقتضى وفقد المانع.

فتلخص ان بيع العين المرهونة، سواء وقع البيع من الراهن أو من المرتهن يكون من موارد بيع الفضولي.

(٥٨) لوجود المقتضى وهو كون العاقد مالكا للمبيع، وفقد المانع وهو كون المبيع غير طلق، فإذا تمت الطلقية فليست في البين حالة منتظرة للصحة واللزوم، فتؤثر العلة التامة حينئذ أثرها، وكذا الكلام في إسقاط المرتهن حقه أو إبرائه للراهن من الدين فيكون جميع ذلك مثل اجازة المرتهن وكشف الجميع عن كون البيع صدر جامعا للشرائط فيكون نماء المبيع للمشتري من حين حدوث البيع ونماء الثمن للبائع.

إن قيل: حدوث البيع وقع فضولة ومتوقفا على الإجازة فيستصحب ذلك، فيكون نماء المبيع للبائع ونماء الثمن للمشتري إلى حين

الجناية أو خطأ ـ [٥٩].

نعم، يكون للمشتري الخيار مع جهله بذلك [٦٠].

الإجازة مطلقا.

يقال: لا وجه للاستصحاب لتغير الموضوع، ويمكن أن يقال أن المقام خارج عن مسألة الكشف والنقل مطلقا، لأن الفك والإبراء والاسقاط يدل على خروج العين موضوعا في الواقع وفي علم الله تعالى عن مسألة العين المرهونة وحق المرتهن حين البيع كان حقا ظاهريا اعتقاديا لا واقعيا. ولا وجه لقياس المقام بمسألة من باع شيئا ثمَّ ملك لأنها كانت في مورد عدم ملك المبيع، والمقام في عدم ملك البيع بعد تحقق ملك المبيع مع ذهاب جمع إلى عدم التوقف على الإجازة في تلك المسألة أيضاً، ويأتي في كتاب الرهن إن شاء الله تعالى جملة من الفروع التي لا بد وأن تذكر هناك دون المقام.

(٥٩) لوجود المقتضى وهو الملكية الطلقية، إذ لا يخرج بالجناية عن ملك المولى.

نعم يتعلق به حق المجني عليه أو ورثته، وذلك لا يوجب الخروج عن الملك، كما في تعلق حق الرهانة بالعين المرهونة، ولكن في العين المرهونة لا يجوز بيعها للنص والإجماع، بخلاف المقام. والمانع مفقود، فيكون مثل بيع العبد المريض المشرف على الموت، وكبيع الأشياء التي فيها النقص.

(٦٠) لأنه نحو نقص فلا بد وأن ينجبر بالخيار، لقاعدة نفي لضرر والضرار.

ثمَّ إن الأقوال في المسألة ثلاثة: البطلان مطلقا في ما يوجب القصاص، نسب ذلك إلى الشيخ قدس سرّه في الخلاف، وأستدل بعدم الملكية، لكونه في معرض القصاص.

وفيه: ما لا يخفى. والصحة واللزوم مطلقا، وثبوت الخيار للمشتري مع الجهل. والصحة مع التوقف على إجازة المجني عليه. وأحسن الأقوال أوسطها

لثبوت السلطنة المطلقة للبائع، ولذا يجوز له جميع أنحاء التصرفات من دون مراجعة ذي الحق، وكذا المشتري. ولكن لذي الحق إزالة أصل الملكية بالإتلاف.

نعم، لو قلنا ان الجناية توجب انتقال العبد الجاني إلى ملك المجني عليه أو ورثته يكون حينئذ من بيع الفضولي ولكنه مخالف للأصل ولا دليل عليه من عقل أو نقل.

وأما الأخبار الواردة في المقام، فمنها خبر ابن عقبة عن أبي عبد الله عليه السلام سألته: «عن عبد قتل أربعة أحرار واحدا بعد واحد، قال عليه السلام: هو لأهل الأخير من القتلى ان شاءوا قتلوه، وان شاءوا استرقوه، لأنه إذا قتل الأول استحق أولياؤه، فإذا قتل الثاني استحق من أولياء الأول فصار لأولياء الثاني فإذا قتل الثالث استحق من أولياء الثاني فصار لأولياء الثالث، فإذا قتل الرابع استحق من أولياء الثالث وصار لأولياء الرابع ان شاءوا قتلوه وان شاءوا استرقوه»[1] ومن هذا الخبر لا يستفاد منه انتقال أصل الملكية بوجه، لأن قوله عليه السلام: «هو لأهل الأخير» أعم من انتقال الملكية قطعا، ويشهد له قوله عليه السلام: «ان شاءوا استرقوه» إذ لا معنى لاسترقاق ما هو ملك فعلي للمسترق (بالكسر).

ومنها: صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «في عبد جرح رجلين، قال عليه السلام: هو بينهما إن كانت جنايته تحيط بقيمته. قيل له: فأن جرح رجلا في أول النهار وجرح آخر في آخر النهار؟ قال عليه السلام: هو بينهما ما لم يحكم الوالي في المجروح الأول»[2] فإن قوله عليه السلام: «هو بينهما» أعم من الملكية.

وفي صحيح أبي بصير: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن مدبر قتل رجلا عمدا، فقال عليه السلام: يقتل به. قال: قلت: فان قتله خطأ، فقال عليه السلام: «يدفع إلى أولياء المقتول فيكون لهم رقا، فان شاؤوا باعوا، وان شاؤوا استرقوا، وليس لهم أن

(١) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب القصاص في النفس حديث: ٣.
(٢) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب القصاص في النفس حديث: ١.

(مسألة ١٤): لا يجوز بيع الوقف (٦١). إلا في مواضع.

يقتلوه، قال: ثمَّ قال عليه السلام: يا أبا محمد إن المدبر مملوك»(١) وهو ظاهر في بقاء ملكيته على ملك المالك قبل الدفع هذا مع إنهم لم يعدوا في أسباب الملك القهري القتل الحاصل من المملوك، وحيث إن المسألة خرجت عن مورد الابتلاء منذ قرون، فلا وجه للتطويل فيها، ويأتي بعض الكلام في محله إن شاء الله تعالى.

ثمَّ إن الفرق بين حق الرهانة وحق الجناية إن.

الأول: يتعلق بالمال من حيث إضافته الفعلية إلى المالك.

والثاني: يتعلق بذات المال من حيث هو وإن تبدلت الإضافات.

(٦١) بضرورة الدين، والمستفيضة من نصوص المعصومين عليهم السلام.

منها: قول علي عليه السلام في كيفية ما وقفه: «صدقة بتا بتلاء في حجيج بيت الله، وعابر سبيله، لا تباع ولا توهب ولا تورث»(٢) وفي وصيته عليه السلام: «لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات والأرض»(٣) وفي صحيح ابن راشد عن أبي الحسن عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»(٤) وفي صحيح عبد الرحمن بن الحجاج في كيفية وصية موسى بن جعفر عليه السلام: «لا يحل لمؤمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيعها ولا يبتاعها، ولا يهبها، ولا ينحلها»(٥) والظاهر مسلمية عدم الجواز في الجملة بين جميع المليين ولا يختص بالمسلمين.

ويمكن الاستدلال عليه بالأدلة الأربعة.

فمن الكتاب قوله تعالى ﴿وَ لاٰ تَأْكُلُوا أَمْوٰالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰاطِلِ﴾(٦)

---

(١) الوسائل باب: ٤٢ من أبواب القصاص في النفس حديث: ١.

(٢) و (٣) و (٤) الوسائل باب: ٦ من أبواب أحكام الوقوف حديث: ٢، و٤، ١.

(٥) الوسائل باب: ١٠ من أبواب أحكام الوقوف حديث: ٥.

(٦) سورة البقرة: ١٨٧، وراجع ما يتعلق بالآية المباركة في ج: ٣ من مواهب الرحمن في تفسير القرآن.

و من الإجماع إجماع المسلمين.

ومن النصوص المستفيضة التي تقدم بعضها آنفا.

ومن العقل إنه ظلم قبيح، لأنه تصرف في حق الموقوف عليهم وفي حق الله تعالى بلا مسوغ في البين.

وحيث إن حقيقة الوقف إنما هو الإيقاف عن النقل والانتقال والتبديل والتبدل، كما هو ظاهر قوله ﷺ: «حبّس الأصل وسبل الثمرة»[١] فيكون عدم جواز البيع وسائر الانتقالات من الذاتي لحقيقة الوقف لا أن يكون من الخصوصيات الخارجية، وليس المراد بالذاتي المنطقي منه لاختصاص ذلك بالحقائق الأصيلة دون الاعتبارية بل المراد الذاتي العرفي الاعتباري، كما إن المعنون أيضاً كذلك. وبذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات فراجع وتأمل.

ثمَّ انه لا بد من بيان أمور.

الأول: الوقف إما مؤبد أو منقطع، والأول ما لم يكن وقفا على من ينقرض غالبا، كالمساجد، والقناطر، والمدارس، والوقف على الذرية نسلا بعد نسل وبعد انقراضهم فعلى العلماء وهكذا، ويسمى هذا بالوقف المؤبد وهو على قسمين.

فتارة: يكون للموقوف عليهم حق الانتفاع فقط لا أن يكون مالكين للمنفعة، كالمساجد والمدارس والقناطر ونحوها مما لا يكونوا ملكا لأحد مطلقا لا ذاتا ولا منفعة.

وأخرى: يكونوا مالكين للمنفعة، كتملكهم لمنفعة أملاكهم الخاصة، والفرق إن في أملاكهم الخاصة يملكون الذات والمنفعة معا بخلاف الوقف عليهم فيملكون المنفعة فقط.

والثاني: أقسام أربعة. منقطع الأول: كما إذا وقف على ما لا يصح الوقف عليه ثمَّ على ما يصح. ومنقطع الوسط، كما إذا وقف على ما يصح الوقف عليه

(١) مستدرك الوسائل باب: ٢ من أبواب الوقوف والصدقات حديث: ١ ج :٢.

ثمَّ على ما لا يصح ثمَّ على ما يصح.

ومنقطع الآخر: كما إذا وقف على ما يصح ثمَّ على ما لا يصح.

ومنقطع الطرفين: كما إذا وقف على ما لا يصح ثمَّ على ما يصح ثمَّ على ما لا يصح، ويأتي تفصيل الأقسام وما يصح فيه وما لا يصح في كتاب الوقف إن شاء الله تعالى.

الثاني: أقسام الوقف من جهة أربعة ـ وإن كان له أقسام أخر من جهات أخرى.

فتارة: يملك الموقوف عليه المنفعة، كملكيته لمنفعة أملاكه، فيجوز له التصرف فيها تصرف المالك في ملكه، وهي الأوقاف الخاصة وما يشبهها فيملك الموقوف عليه المنفعة فله التصرف بما شاء ما لم يحده الواقف بحد خاص.

وأخرى: لا يملك المنفعة بل يملك الانتفاع بتمليك الواقف وإنشائه، كالأوقاف العامة من المدارس والخانات والقناطر ونحوها.

وثالثة: ما يفيد ملك الانتفاع بحكم الشارع لا بتسليط الواقف كالمساجد، فأن مقصود الواقف ليس الا جعله مسجدا وانتفاع العموم إنما يحصل بحكم الشارع، كسائر أحكام المسجد ولا ربط له بالواقف، ولذا لو وقف محلا للصلاة لا تترتب عليه تلك الأحكام.

ورابعة: ما لا يفيد ملك المنفعة ولا الانتفاع لا بجعل الواقف ولا بحكم الشارع، كالمعلقات الموقوفة على الأمكنة المقدسة والمشاهد المشرفة، فإنها لمجرد تزيين تلك البقاع المتبركة، وليس فيها ملك منفعة ولا انتفاع لا حد بوجه من الوجوه. إلا أن يقال إن ذلك كله تعظيم لذلك المشهد وهذا نحو انتفاع لمن يعتقد بصاحب المشهد.

ثمَّ إنهم قالوا: إن الوقف إما تحرير وفك ملك، أي لا يكون ملكا لأحد، أو تمليك.

و الأول: كالمساجد والمدارس ونحوها فإنها فك ملك إن كان لها مالك لا مثل مسجد الكوفة ومسجد السهلة، ومسجد الخيف، ومسجد الحرام في أول الإسلام التي لم يعلم واقفها ولا كيفية وقفها.

والثاني: كالأوقاف الخاصة حيث إنها تمليك للموقوف عليهم فيملكون العين الموقوفة نحو ملك مخصوص لا كملكهم لأموالهم. واستدلوا على ذلك بوجوه لعل أحسنها ما عن بعض مشايخنا قدس سرّه: إن حبس العين على قوم لا بد فيه من إضافتها إليهم وليست هذه الإضافة باعتبار ملك المنفعة، لأن تمليك المنفعة عبارة أخرى عن التسبيل الذي قصده الواقف بتبع وقف العين، فالإضافة الخاصة عبارة عن الملكية وتتبعها ملكية المنفعة.

وفيه: إنه لا ريب في أن الإضافة خفيفة المؤنة، كما لا ريب في أنها أعم من الملكية فأصل الإضافة معلومة والملكية مشكوكة مدفوعة بالأصل.

نعم، الاستيلاء التام على المنفعة من أهم آثار الملكية، فيصح أن يستدل على العلة بالمعلول. والحق أن الوقف في جميع موارده تحرير وفك ملك، كما يشهد به الوجدان وآثار هذا التحرير تختلف بحسب الموارد.

فتارة: تكون ملكية المنفعة.

وأخرى: ملكية الانتفاع هذا مع المماشاة مع القوم، والا فلنا أن نقول ان للموقوف عليه التسلط على المنفعة وهو أعم من الملكية، كما هو واضح، فليس الوقف مطلقا إلا قسما واحدا وهو الإيقاف والحبس وفلك الملك والتحرير إلى غير ذلك من التعبيرات التي سياقها سياق حبس العين.

نعم، داعي حبس العين. تارة: هو الانتفاع.

وأخرى: هو التسلط على المنفعة بجعل من الواقف أو بحكم من الشارع.

الثالث: لا ريب في أن الوقفية لا تتعلق بالعين من حيث هي بل من حيثية الانتفاع بها، وهذه الحيثية هي التعليلية المنحصرة وهي الصدقة الجارية الباقية، فمع بقائها لا وجه لجواز بيع الوقف، لما مر من الأدلة الأربعة على عدم جواز

البيع ومع عرضتها للزوال يحكم العقل بفطرته بجوازه بل لزوم حفظ تلك الحيثية في عين آخر. فالنزاع في بيع الوقف مطلقا لا بد وأن يكون من النزاع الصغروي لا من النزاع الكبروي، إذ لا ريب في لزوم تقديم تلك الحيثية عند الدوران بين زوالها رأسا وإبقائها بالتبديل بصورة أخرى فيكون من الدوران بين الانعدام والبقاء ولو في الجملة، والفطرة تحكم بالثاني.

الرابع: لا ريب في جواز بيع الوقف ـ كما يأتي ـ فهل يبطل الوقف أولا ثمَّ يعرض عليه البيع أو بعروض نفس البيع خارجا يبطل الوقف، قال بكل قائل، والحق هو الأخير، لأصالة بقاء الوقفية إلى عروض المبطل خارجا. واستدل من قال بالأول بما خلاصته: إن الحكم بجواز البيع لا بد له من موضوع ومع بقاء الوقفية لا موضوع له، فلا بد من زوالها ابتداء تحفظا لموضوع جواز البيع.

وفيه: إنه ان أريد السبق الزماني فلا دليل عليه أبدا في مقابل الأصل، وإن أريد السبق الاعتباري الرتبي فلا اشكال فيه، وهو صحيح، وبه يمكن الجمع بين القولين.

مع انه لو كان موضوع جواز البيع عين موضوع الوقف من حيث هو لا إشكال في عدم جواز الاجتماع وليس كذلك بل موضوع جواز البيع حيثية عرضة للزوال مثلا وهذه حيثية اعتبارية غير حيثية الوقف من حيث هي فلا بأس بالاجتماع لاختلاف الحيثية، مع إنه لا ثمرة لهذا النزاع أصلا بعد الإجماع على حرمة البيع قبل عروض المجوز، وعلى جوازه بعد ثمَّ دوامه بدوام المجوز وارتفاعه بارتفاعه.

الخامس: قد أطالوا الكلام في المقام ولا يستحق تلك الإطالة، وحق أصل العنوان أن يعنون هكذا: «يجوز تبديل العين الموقوفة بغيرها عند الضرورات العرفية المتعلقة بتبديل العين الموقوفة». كما في الأملاك الشخصية حيث يمكن تبديلها بغيرها عند الاضطرار والضرورات الواردة عليها، ويجوز أن يكون التبديل من موارد الأهم والمهم الاتفاقي بالنسبة إلى العين الموقوفة لا

بالنسبة إلى الجهات الخارجية عنها.

وهذا العنوان من القضايا التي دليلها معها فنفس تصويرها يغني عن إقامة الدليل عليها ولا نحتاج إلى إقامة دليل من الخارج، وتشخيص موضوع الضرورة والاضطرار إلى أهل الخبرة بالعين الموقوفة، فإذا حكم ثقات أهل الخبرة بلزوم تبديله يتبدل حينئذ وليس تشخيص ذلك من شأن الفقيه بوجه من الوجوه وانما شأنه بيان الحكم عند تحقق الموضوع عرفا ومعنى التبديل قيام البديل مقام المبدل من كل جهة، ويتفرع على ذلك فروع تأتي الإشارة إليها إن شاء الله تعالى.

كما إنهم قد أتعبوا أنفسهم في أن أيا من أقسام الوقف يكون للموقوف عليه وأيا منها ليس بملك له تصحيحا لبيع الوقف عند طرو المسوغات حيث قالوا إنه لا بد وأن تكون العين ملكا للبائع في البيع والمنفعة ملكا للمؤجر في الإجارة، وهذا أيضاً تطويل بلا طائل، لأن البيع تمليك العين والإجارة تمليك المنفعة سواء كان البائع مالكا للعين والمؤجر مالكا للمنفعة أو لم يكن، ولا دليل من عقل أو نقل على لزوم كون البائع مالكا للعين والمؤجر مالكا للمنفعة. وقد تقدم بعض الكلام فراجع.

السادس: ما يؤتى به للأماكن المقدسة ـ من المساجد، والمشاهد المشرفة ـ من الفرش والأغطية، والستر، والسرج والمصابيح وغيرها يتصور فيها وجوه.

الأول: كونها وقفا لذلك المكان الشريف.

الثاني: كونها وقفا على عامة المنتفعين بها، وحيث إن ذلك المكان من مظان الانتفاع بها أتى بها إليه.

الثالث: أهداؤها إلى ذلك المكان الشريف.

الرابع: كونها هدية للمنتفعين بها أتى بها إلى ذلك المكان من حيث أنه من مظان الانتفاع، ويأتي في كتاب الوقف ما ينفع المقام، وحيث أن هذه الهدية

مفتقرة إلى قصد القربة وتكون لازمة كالوقف ومقتضى الأصل عدم ترتب الأحكام الخاصة لكل منها إلا بدليل خاص يدل عليه.

ثمَّ انه لا ريب في خروج أنقاض المسجد ـ التي لا ينتفع بها في المسجد عن المسجدية للسيرة المتعارفة بين المسلمين على نقلها وانتقالها وبيعها وغير ـ ذلك، مما يكشف ذلك كله عن زوال عنوان المسجدية عنها. وأما ما ينتفع بها في المسجد فالظاهر بقاء الوقفية فيها، للأصل. وأما البناء ما لم ينقض وأرض المسجد في ما لا بناء فيه أو هما معا إذا صار ذلك بحيث لا ينفع بها، كما إذا صار المسجد مهجورا بالمرة بحيث لا يرجى عادة وقوع العبادة فيها وصيرورتها معبدا للناس، فالكلام فيها أولا في بيان الموضوع، ثمَّ بيان حكمه المترتب عليه.

فنقول: الوجوه المتصورة في جعل المسجد أربعة.

الأول: جعله بقيد التعبد فيه بحيث يكون هذا القيد علة تامة منحصرة حدوثا وبقاء جعلا من الواقف وإمضاء من الشارع، وحكمه انه عند زوال هذا العنوان تزول أصل المسجدية ولا يترتب عليه جميع أحكامها مطلقا لزوال الموضوع بزوال العنوان ويصير ملكا للواقف أو ورثته على حسب الطبقات حتى يصير إلى الامامعليه السلام، ولا دليل على الخلاف الا ما يقال من عدم زوال مشعر العبادة عن المشعرية ولا دليل له الا الإجماع وشموله لمثل الفرض مشكل.

نعم، هو مسلم في مثل مسجد الحرام وعرفات والمشعر ومسجد الكوفة ونحوها.

الثاني: كون القيد داعيا لجعل الوقف لا علة تامة منحصرة، وحكمه بقاء الوقفية ولو مع زوال العنوان، لما تسالموا عليه من أن الداعي لا يوجب التضييق، فيكون من قبيل حكمة الجعل لا علة المجعول.

الثالث: جعله بقيد التعبد فيه حدوثا وبقاء على نحو العلية التامة، ولكن الشارع حكم بترتب آثار المسجدية ولو مع زوال القيد والعنوان، وهو حسن

ثبوتا ولكن لا دليل عليه إثباتا.

الرابع: الشك في أنه من أي الأقسام، والتمسك بالأدلة اللفظية في إلحاقه بواحد مما مر من الأقسام تمسك بالدليل في الموضوع المشتبه، فتصل النوبة إلى استصحاب المسجدية، وهو من الشك في الموضوع مع تبدل العنوان، ويأتي ما ينفع المقام في كتاب الوقف إن شاء الله تعالى.

السابع: قالوا إن كل وقف يكون من فك الملك لا يجوز بيعه مطلقا ولو زال الانتفاع به بالمرة، لأن البيع لا بد وأن يكون في ملك، والمفروض أنه لا مالك له ثمَّ قالوا إنه لو غصبه غاصب وأتلفه لا ضمان عليه، لأن الضمان والعهدة لا بد أن يكون للمالك، والمفروض أنه لا مالك له، وقالوا أيضاً أنه لو استوفى منافعه ظالم كأن جعل المسجد ـ مثلا ـ سكنى لا يؤخذ منه أجرة المثل، لفرض عدم الملك بالنسبة إليه، ثمَّ ذكروا قاعدة: «إن ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، وما لا يطلب بمنافعه لا يطلب بقيمته» وفي مثل المسجد لا يطلب بالقيمة فلا يطلب بالمنافع.

والكل مخدوش. لا دليل عليه من عقل أو نقل. أما أنه لا يجوز البيع لعدم الملك فقد أثبتنا إن البيع هو تمليك العين ولا يلزم أن يكون عن ملك وفي ملك.

وأما القضية أن الضمان والعهدة لا بد وأن يكون للمالك فلا وجه له أصلا فإن الضمان والعهدة لا بد وأن يكون لمن هو أهل لهما ويستحقهما، ولا ريب في وجوده في المقام. وأما القاعدة فلا دليل على الملازمة فيها من نص أو إجماع أو عرف، وعلى فرضه فالطالب بالمنافع هو موجود ففي المسجد ولى أمر المسلمين وفي المدرسة أهلها ومن يتولى أمرها.

الثامن: عدم الانتفاع وقلة المنفعة بالنسبة إلى العين الموقوفة أمر إضافي لا بد من الرجوع فيه إلى ثقات أهل الخبرة لكل شيء مخصوص، فربما يكون انتفاع ألف دينار بالنسبة إلى شيء من عدم الانتفاع به عند أهل الخبرة مع أنه يكون انتفاع خمسة دنانير من الانتفاع العادي بالنسبة إلى شيء آخر فيختلف

الأول: عدم إمكان الانتفاع المناسب للعين الموقوفة مع بقائها، كان ذلك لأجل الخراب أو غيره، كانت منفعة في الجملة لها أولا (٦٢).

ذلك بالنسبة إلى الأعيان والأشخاص والأعصار والأمصار.

ثمَّ إنهم قدس سرّه قد أكثروا من بيان صور جواز بيع الوقف بتعداد صغريات الموارد مع وجود جامع قريب بينها، مع إن اللازم انما هو الأخذ بالجامع القريب فان كانت خصوصية لمورد خاص تذكر والا فيذكر الجامع المشترك.

(٦٢) لأن حيثية تسبيل المنفعة والانتفاع بالعين الموقوفة حيثية تعليلية منحصرة للوقف حدوثا وبقاء ومع انتفاء تلك الحيثية لا تشملها أدلة حرمة بيع العين الموقوفة لبية كانت أو لفظية.

أما الأول: فمعلوم، لعدم الاجتماع حينئذ على الحرمة رأسا.

وأما الثاني: فلأن المنساق منها بحسب الأذهان السليمة ان حرمة البيع انما هي لأجل التحفظ على الصدقة الجارية والمنفعة المسبلة ومع عرضتهما للزوال فلا مناط لحرمة بيع العين لأن الاهتمام بحفظ العين مطلقا ملكا كانت أو وقفا انما هو لأجل المنافع المتوقعة منها بل لا مالية لها إلا لأجل هذه الجهة وبازديادها تزداد مالية العين وبنقيصتها تنقص، ويشهد لذلك وجدان الواقفين من جميع المليين فإذا قلنا للواقف إذا زالت منفعة العين التي وقفتها هل ترضى ببقائها كذلك أو لا ترضى به بل تطلب تبديلها بغيرها مما يكون مثلها في المنفعة والانتفاع؟ يقول لا أرضى بالبقاء بل أطلب التبديل والشارع أيضاً يقول بذلك والموقوف عليهم أيضاً يعترفون به فالأمر يدور بين تعطيل الوقف رأسا وبين تملك البطن الموجود وحرمان البطون اللاحقة وبين البيع ومراعاة بقاء الوقف وجميع البطون، والعرف والعقلاء يقدمون الأخير، والأدلة الشرعية منزلة على هذا الأمر الفطري العقلائي فلا نحتاج إلى التطويل والتفصيل والنقض والإبرام وأما الأخبار فسيأتي الكلام فيها.

(مسألة ١٥): لو بيع الوقف يكون الثمن في حكم المثمن فيشترك جميع البطون فيه ويجري عليه كل ما كان للمثمن من الخصوصيات والجهات [٦٣]، ولا يحتاج في جريان حكم الوقف على الثمن إلى إجراء صيغة الوقف [٦٤].

(مسألة ١٦): يجب شراء ما فيه الصلاح بحكم الثقات ولو كان من غير المماثل [٦٥]

ثمَّ انه ليس المراد بالمنفعة والانتفاع صرف الوجود منهما بل النسبي منهما بالنسبة إلى العين الموقوفة فلا بد من ملاحظتهما بالنسبة إليهما ثمَّ يحكم أهل الخبرة بأنها كالعدم بالنسبة إلى العين الموقوفة، وأظن أنه إذا عرضنا المسألة

على متعارف الناس يعترفون بأن إثباتها لا يحتاج إلى التطويل ويكتفون بما قلناه.

(٦٣) اقتضاء للبدلية إلا ما خرج بالدليل.

(٦٤) لأن نفس البدلية تقتضي البدلية في جميع ما للمبدل من الجهات خصوصا أظهرها ما لم يدل دليل على الخلاف.

ثمَّ إن لمن يتولى أمر البيع أنَ ينظر فيه ويتصرف في الثمن بحسب المصلحة فربما تقتضي ابدال الثمن بعين آخر أصلح للوقف وليس الثمن من هذه الجهة في حكم العين الموقوفة فإن عدم جواز التصرف فيه بالنقل والانتقال كان من جهة لزوم إبقاء العين مهما أمكن ومع سقوط هذه الجهة لا يبقى موضوع بالنسبة إلى الثمن بل له الإبدال إلى الصالح والأصلح.

(٦٥) إذ المناط كله مراعاة المصلحة وهي قد تكون في غير المماثل، وما نسب إلى العلامة وولده وغيرهما من وجوب شراء المماثل، لأنه أقرب إلى غرض الواقف لا وجه له صغرى وكبرى.

والمتولي للبيع من يقوم بأمر الوقف [٦٦] مع مراجعة الحاكم الشرعي وملاحظة الخصوصيات وسائر الجهات [٦٧].

(مسألة ١٧): لو لم يتمكن من شراء البدل ينتفع الموجودون بالثمن ولو بالاتجار به إلى أن يتمكن من البدل [٦٨].

(مسألة ١٨): حكم عدم الانتفاع ببعض العين الموقوفة حكم عدم الانتفاع بكلها فيجري فيه جميع ما مرّ في الكل [٦٩] و لو كان سقوط المنفعة والانتفاع ما داميا لا دائميا بحيث حرم البطن الموجود عن الاستفادة فقط يجوز التبديل مراعاة لحق الموجودين مع عدم الإضرار بالنسبة إلى اللاحقين [٧٠].

(مسألة ١٩): لو كان للعين الموقوفة ناظر فبيعت لأجل عروض المجوز للبيع يبقى الناظر على ما كان [٧١].

---

(٦٦) لفرض بقاء توليته.

(٦٧) لاحتمال عدم شمول توليته للبيع وانحصارها فيما يتعلق بالعين مع بقائها.

(٦٨) لأنه نحو تسبيل للمنفعة أيضاً، فيشمله إطلاق أدلة الوقف.

(٦٩) للأدلة الدالة على الحكم الثابت في الكل بعد كون المنساق فيها انحلالية.

ثمَّ انه لا فرق في منشأ سقوط المنفعة وعدم الانتفاع بين أسباب ذلك من أي منشأ حصل وبأي وجه اتفق ولذلك مناشئ شتى لا تعد ولا تحصى، كل ذلك للإطلاق الشامل للجميع.

(٧٠) لعين الدليل في سقوط المنفعة دائما.

(٧١) للأصل، وعموم البدلية إلا أنْ تكون في البين قرينة معتبرة على الخلاف.

(مسألة ٢٠): قد يقال بجواز بيع الوقف مع تغير عنوانه، كما إذا وقف بستانا فصار عرصة وذهبت الأشجار (٧٢).

(مسألة ٢١): لو خرجت العين الموقوفة عن الانتفاع المعتد به لجهة من الجهات بحيث يصح أن يقال في العرف أنه لا منفعة له كما إذا انهدمت الدار وصارت عرصة ـ ويمكن إجارتها بمقدار جزئي وكانت بحيث لو بيعت وبدلت بمال آخر يكون نفعه متساويا مع الأول أو قريبا

---

(٧٢) لأن الوقف تعلق بالعنوان الخاص ومع زواله لا موضوع للوقف، كما أن القصر مثلا تعلق بعنوان المسافر ومع زواله لا وجه لوجوبه، وكذا التمام بالنسبة إلى الحاضر وللمقام أمثال ونظائر.

وأشكل عليه. أولا: بأنه مخالف للإجماع.

وثانيا: بأن الوقفية تتعلق بجميع الأجزاء والخصوصيات من الأرض وغيرها.

وثالثا: انه توقيت للوقف وهو باطل.

ويمكن الخدشة في الجميع.

أما الإجماع: فالمتيقن منه المشاعر العظام ونحوها.

وأما ان الوقفية تتعلق بجميع الأجزاء فهو خلاف الفرض، لفرض ان الوقف تعلق بالعنوان فقط والنزاع في ان الأرض بعد زوال العنوان داخل في العنوان أولا؟

وأما الأخير: فهو خلاف الوجدان لفرض عدم التوقيت وزوال الحكم بزوال العنوان ليس من التوقيت عرفا.

نعم، يمكن أن يقال ان زوال الوقفية بزوال العنوان خلاف مرتكزات المتشرعة.

منه يجوز بيعه [٧٣]، وكذا لو صارت المنفعة قليلة بحيث لا تلحق بالمعدوم ولكن كان بحيث لو بيع يشتري بثمنه ماله نفع كثير يجوز البيع حينئذ أيضاً [٧٤].

الثاني: ما إذا أدى بقاؤه إلى سقوط منفعته والانتفاع به [٧٥] سواء كان

---

(٧٣) لما تقدم من الأدلة الشاملة لهذه الصورة أيضاً. وما نسب إلى المشهور من عدم الجواز في هذه الصورة لاقتصارهم مورد الجواز بما إذا لم يكن فيه المنفعة يمكن أن يراد بقولهم عدم المنفعة المعتد بها المتعارفة لا العدم الحقيقي من كل جهة بلا مخالفة في البين.

نعم، لو كان الثمن على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كانت منفعته كمنفعة العين الموقوفة لا يجوز البيع حينئذ للأصل.

(٧٤) لأن بناء العقلاء في أموالهم الشخصية والنوعية على التبديل حينئذ والشرع لا يتجاوز بناؤهم إلا بوجود رادع عنه ولا رادع في البين إلا الأدلة المانعة ويشك في شمولها لهذه الصورة، فيكون التمسك بها من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك ولا يجزي استصحاب عدم الجواز أيضاً، لأن هذا البناء النوعي العقلائي كالامارة المعتبرة المتقدمة عليه. وقد يعد ترك العين الموقوفة والحال هذه تضييعا لها عرفا فالمقتضي للبيع موجود والمانع مفقود فتشمله الإطلاقات والعمومات.

(٧٥) لما يأتي من الأخبار، وللسيرة المستمرة بين العقلاء على تحفظ الأموال الشخصية والنوعية بذلك واستنكار من خالف بل قد تعد المخالفة سفها وأدلة الوقوف وردت على طبق هذه السيرة المستمرة في جميع الأعصار والقرون بل يمكن القول بخروج هذه الموارد عن مورد حرمة بيع الوقف تخصصا، لقوام الوقف بتسبيل المنفعة فإذا كانت في معرض الزوال فأي منفعة في البين حتى تسبّل ومن أنكر ذلك باللسان يصدقه بالفطرة والوجدان.

ذلك لخلف بين أربابه أو بسبب آخر [٧٦] بشرط أن يكون تـأدية البـقاء إلى الخراب بتصديق أهل الخبرة به [٧٧]، ولو فرض إمكان الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كالانتفاع السابق لا يجوز بيعه [٧٨].

الثالث: أن يشترط الواقف بيعه عند حدوث أمر من قلة المنفعة، أو كثرة الخراج أو وقوع خلاف بين الموقوف عليهم، أو حصول ضرورة وحاجة شديدة لهم فيجوز بيعه وتبديله حينئذ [٧٩].

نعم، تسبيل المنفعة بالنسبة إلى أصل المالية ممكن فـلا بـد وان يـتحفظ بالنسبة إليها ولا يمكن ذلك إلا بالتبديل.

(٧٦) لشمول ما مر من الدليل للجميع.

(٧٧) لأن ذلك من الموضوعات العرفية التي لا بد فيها من الرجوع إلى أهل خبرتها ولا يعتبر حصول العلم من قول أهل الخبرة بل يكفي الاطمئنان العادي.

(٧٨) للإطلاق والاتفاق والأصل.

(٧٩) مورد هذا الشرط.

تارة: هو اشتراط البيع عند عروض مجوزات البيع وهذا الشرط مؤكد لا أن يكون مخالفا لمقتضى الوقف، أو للكتاب والسنة. وكل من قال بالجواز عـند عروض المجوزات لا بد أن يقول في المقام بالأولى.

وأخرى: يكون تحديدا لآخر الوقف وهذا من صغريات وقف منقطع الآخر فمن يقول بالجواز فيه لا بد له من القول بالجواز هنا أيضاً.

وثالثة: يكون من اشتراط بيع الوقف مع بقائه على الوقفية. ومورد البحث في هذه الصورة وهي.

تارة: بنحو يشتري بالثمن ما صار وقفا لجميع البطون ويكون مثل العـين الموقوفة من كل جهة.

وأخرى: بأن يأخذ البطن الموجود الثمن لأنـفسهم ويـتصرفون فـيه بـما

شاءوا كتصرفهم في أموالهم الخاصة لهم.

واستدلوا لجواز بيع الوقف مع الشرط بأمور.

الأول: إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها»[١] بلا فرق بين اشتراط هذا الشرط واشتراط سائر الشروط فكما لا بد من الوفاء بها على حسب الشرط فكذا المقام.

الثاني: عموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[٢]

الثالث: صحيح عبد الرحمن قال: «بعث إليّ بهذه الوصية أبو إبراهيم عليه السلام: هذا ما أوصى به وقضى في ماله عبد الله علي عليه السلام ابتغاء وجه الله ـ إلى أن قال ـ وانه يقوم على ذلك الحسن بن علي عليهما السّلام يأكل منه بالمعروف وينفقه حيث يريد الله في حل محلل لا حرج عليه فيه، وان شاء جعله شروى الملك وان ولد علي عليه السلام وأموالهم إلى الحسن بن علي عليهما السّلام، وإن كان دار الحسن غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبعها إن شاء لا حرج عليه فيه وإن باع فإنه يقسمها ـ الحديث ـ »[٣] وهو صحيح سندا، ظاهر بل نص دلالة في جواز اشتراط بيع الوقف، وفي خبر ابن حنان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غسلة له على قرابته ـ إلى أن قال ـ فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض ان احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال عليه السلام: نعم، إذا رضوا كلهم، وكان البيع خيرا لهم باعوا»[٤] فإذا جاز البيع بغير شرط جاز معه بالأولى.

ونوقش في الجميع بأن الإطلاق لا يشمل ما يخالف مورد الإطلاق ويضاده، وان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، وللكتاب والسنة فلا يشمله العموم، وان المراد بما في الصحيح الصدقة أو الوصية بالوقف دون الوقف

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب الوقوف والصدقات حديث :٢.
(٢) الوافي ج: ١٢ باب: ٨٦ من أبواب النكاح صفحة :٨٠.
(٣) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات حديث :٤.
(٤) الوسائل باب: ٦ من أبواب الوقوف والصدقات حديث :٨.

المعهود، وخبر ابن حنان قاصر سندا.

والكل مردود: أما الأول: فبأنه مخالف للإطلاق إذا كان باقيا على إطلاقه وشموله من كل جهة. وأما إذا ضيق دائرة الإطلاق من أول حدوثه وإيجاده فأي منافاة في البين.

وأما الثاني: فلأن الشرط مخالف لإطلاق مقتضى العقد وإطلاق الكتاب والسنة لا لذاتهما حتى يبطل ومع الشك تجري أصالة عدم المخالفة كما في سائر موارد الشك والحمل على الصدقة أو الوصية بالوقف في الصحيح بعيد عن مساق قوله عليه السلام: «هذه صدقة واجبة بتلة حيا أنا أو هيتا»[1] وأما قوله عليه السلام: «هذا ما أوصى به وقضى في ماله يدل على أنه جعل في ماله شيئا غير الوصية أيضاً فلا بد وان يحمل قوله عليه السلام في آخر الحديث على الأعم من الوصية قطعا، ومن المتعارف والتدبير أن يكتب الشخص جميع ما يتعلق من الوقف والعتق وغيرهما بعنوان الوصية احتفاظا عليها والا فقد صرح عليه السلام بالصدقة الواجبة في زمان حياته عليه السلام ولا معنى لها إلا الوقف.

نعم، خبر ابن حنان قاصر سندا بجعفر بن حنان، مع أن المشهور لم يعملوا بإطلاقه، هذه عمدة الصور التي يجوز فيها تبديل الوقف.

وقد ذكر صور أخرى.

منها: ما إذا كان بيع الوقف انفع وأعود للموقوف عليهم نسب ذلك إلى المفيد مستندا إلى ما تقدم من خبر ابن حنان.

ومنها: ما إذا لحق بالموقوف عليهم ضرر شديد نسب ذلك إلى جمع وعن الانتصار دعوى الإجماع عليه.

ومنها: ما إذا وقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس.

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات حديث: ٤.

و **منها**: أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم.

ومنها: أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس ولا دليل في البين يصح الاعتماد عليه في مقابل الأصل والأدلة الدالة على عدم جواز تبديل الوقف إلا مكاتبة ابن مهزيار قال: «كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: ان فلانا ابتاع ضيعة فأوقفها وجعل لك في الوقف الخمس، ويسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفة فكتب إليّ، أعلم فلانا أنى آمره أن يبيع حقي من الضيعة وإيصال ثمن ذلك إلي، وان ذلك رأيي إن شاء الله أو يقومها على نفسه ان كان ذلك أوفق له، قال وكتبت إليه: ان الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافا شديدا، وانه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فان كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته، فكتب إليه بخطه وأعلمه أن رأيي ان كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف ان بيع الوقف أمثل، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس»[١]

وفيه. **أولا**: إنه لم يعمل أحد بإطلاق صدره.

وثانيا: ان المنساق منها عدم تحقق القبض فلا موضوع للبحث حينئذ.

وثالثا: المنساق منه الوقف المنقطع فلا ربط له بمورد البحث، لأنه في الوقف المؤبد.

وأما ذيله ففيه. أولا: ان ظاهره صرف الثمن على البطن الموجود ولم يعمل به المشهور.

وثانيا: أن مقتضى عموم التعليل: «ربما يأتي في الاختلاف تلف الأموال والأنفس» جواز البيع لرفع كل اختلاف وهو خلاف المشهور أيضاً.

وثالثا: انه ظاهر في الوقف المنقطع فلا ربط له بالمقام الذي هو من الوقف المؤبد إلا أن يدفع ذلك كله بفهم المشهور.

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب الوقوف والصدقات حديث: ٥٦.

نعم، إذا كان تلف المال والنفس بنحو اللازم غير المنفك عن إبقاء الوقف.

وبعبارة أخرى: صار إبقاء الوقف مادة للفساد عرفا وحينئذ يجب قطع مادة الفساد عقلا وعرفا وشرعا فيجوز البيع حينئذ، لأنه في هذا الحال من تقديم الأهم على المهم عند المتشرعة وعند العقلاء والا يجب على الموقوف عليهم أن لا يبيعوا الوقف ولا يتلفوا الأموال والأنفس فإطلاق هذا الحديث لا ينفع للمقام إلا إذا انطبق قاعدة تقديم الأهم على المهم في خصوص المورد هذا.

وأما دعوى الإجماع في الانتصار فغريب في هذه المسألة التي قال فيها في الجواهر ونعم ما قال: «لكن كلامهم في تعيين محل الجواز والسبب المجوز على ما ترى من الاختلاف الشديد الذي قل ما اتفق مثله في شيء من المسائل حتى انفرد كل منهم بقول بل صارت كل عبارة لهم قولا مستقلا وخالف الواحد منهم نفسه في الكتاب الواحد فذهب في كتاب البيع إلى شيء وخالفه في الوقف إلى آخر وربما اتفق لبعضهم الاختلاف في المقام الواحد ما بين أول كلامه وآخره» فراجع ما قاله رحمه الله تجده متينا حسنا وما هذا شأنه فأي داع لنقل الأقوال ونقضها وابرامها وسيأتي في كتاب الوقف ما ينفع المقام.

ثمَّ ان الأصحاب قد تعرضوا للحقوق الأربعة المعروفة المانعة عن البيع وهي: الوقف، والرهانة، والجناية، وأم الولد وهي أمهات الحقوق.

وعن بعض إلحاق حق السادة والفقراء، وعن آخر ذكر جملة أخرى من الحقوق وأنهاها إلى العشرين. ولا بد من بيان أمور يتبين بها الحال.

الأول: ألحق كما تقدم مرتبة من الاستيلاء والسلطنة والملكية والسلطة بلا فرق فيه من هذه الجهة بين الحقوق كلها خالقيا كان أو خلقيا، شخصيا أو نوعيا أو صنفيا وإنما الفرق بينها بحسب الموارد لا بحسب الذات.

نعم، الحق بحسب الذات من الأمور التشكيكية وله مراتب متفاوتة كما

هو شأن جميع التشكيكيات من الجواهر والاعراض والاعتباريات بناء على ثبوت الحركة الجوهرية كما أسسه بعض أعاظم الحكماء وأثبتته الفنون الحديثة.

الثاني: متعلق الحق إما ذات الشيء كحق الوقف، وأم الولد. فإن حق الوقف نحو حق متعلق بذات العين الموقوفة يمنع عن بيعه إلا فيما استثنى، وحق أم الولد نحو حق حاصل لها لأجل ولدها الحر يمنع عن بيعها. وإن شئت قلت انها برزخ بين المملوكية المحضة والحرية الصرفة فيئول إلى الحرية المطلقة بشروط مذكورة في محلها.

وأما أن يكون متعلق الحق خصوصية الإضافة الملكية ويعبر عنه بحق الرهانة فإنه متعلق بملك المالك مع بقاء خصوصية الملكية، لأنها القابلة للوثيقة الدينية دون أصل المالية المتبدلة ولو إلى غير المالك، إذ لا معنى لكون ملك الغير وثيقة لدين الغير إلا مع أذنه ورضاه.

وأما أن يكون متعلق الحق المالية ولو كانت متبدلة إلى أي مالك كان كحق الجناية فإنه حق متعلق بمالية العبد الجاني وإن تبدل من مالك إلى مالك آخر وليس خصوص ملكية شخص خاص دخيلا في ذلك.

وأما أن يكون الحق نوعيا لا شخصيا وهو حق السادة والفقراء المتعلق بأموال الأغنياء وهذا مسلّم عند الكل إنما الكلام في ذات هذا الحق وهل هو من الشركة الخارجية العينية كما نسب إلى المشهور أو أنه من قبيل حق الرهانة أو أنه من قبيل حق الجناية فلا وجه لعده حقا مستقلا في مقابلها وقد تقدم التفصيل في كتاب الزكاة والخمس[1] فراجع.

الثالث: ليس كل ما لا يجوز بيعه لتعلق تكليف به يلزم أن يكون لأجل حق مانع عن صحة البيع، بل يجوز أن يكون ذلك لأجل حكم تكليفي شرعي لا تنافي مخالفته صحة البيع وان أثم لأجل مخالفة الحكم التكليفي ويصح البيع،

---

(١) راجع ج: ١١ صفحة :١٤٢.

لفرض أنه ليس من الحكم الوضعي الذي يوجب البطلان وحينئذ فإن أحرز أنه من الحكم الوضعي أو التكليفي يتعين البطلان في الأول والصحة مع الإثم في الأخير، وإن شك في أنه من أيهما ولم تكن قرينة معتبرة على التعيين في البين فمقتضى الأصل عدم تحقق النقل والانتقال بعد كون التمسك بالأدلة من التمسك بالدليل في الموضوع المشتبه.

الرابع: قد عد صاحب المقابيس جملة من الحقوق المانعة عن صحة البيع ولا بأس بالإشارة إليها إجمالا:

الأول: النذر المتعلق بالعين قبل البيع.

أقول: هذه مسألة مشهورة بالإشكال ولا بأس بالإشارة الإجمالية إليها فنقول البحث فيها.

تارة: بحسب الأصل.

وأخرى: بحسب الاستظهارات.

وثالثة: بحسب الدليل الخاص.

أما الأول: فمقتضى الأصل عدم ثبوت الحق للمنذور له في العين المنذورة فضلا عن الملك إلا إذا دل عليه دليل بالخصوص.

وأما الثاني: فلا ريب في ثبوت وجوب الوفاء بالنذر في النذر المطلق والمشروط بعد حصول الشرط ولزوم حفظ العين المنذورة تحفظا للامتثال وعدم صحة تفويت القدرة عليه بحكم العقل، لقبح تعجيز المكلف نفسه عن التكليف الفعلي أو ما أحرز بحسب القرائن توجهه إليه فلزوم حفظ العين المنذورة مقدمة للوفاء بالنذر مما لا ريب فيه وهو من شؤون وجوب الوفاء به وتقتضيه مرتكزات المتشرعة في نذورهم المتعلقة بالأعيان وأما ان هذا من جهة تعلق ملك المنذور له أو حقه بالعين المنذورة فيحتاج إثباته إلى دليل وهو منحصر. إما بمذاق العرف والمتشرعة أو بظاهر صيغة النذر أو بالدليل الخاص.

أما الأول: فلا ريب في أنهم يمنعون عن التصرف فيه أما ان ذلك انما هو

لأجل الاهتمام بالوفاء بالتزامهم النذري ووجوب الوفاء به أو لأجل ثبوت نحو حق أخلاقي للمنذور له في العين كما في الشيء الذي يعزلونه من أموالهم لأن يتصدقوا به تدريجا أو لأجل حصول حق له بالنسبة إلى العين كحق الرهانة أو كحق الجناية ونحوهما، أو لأجل انه يحصل له الملك فيه والأولان متيقنان والبقية تحتاج إلى دليل.

وأما الثاني: فربما يقال بأن مفاد قول«لله علي أن أعطي هذا الغنم ـ مثلا ـ إلى زيد» في نذر الفعل، وقول: «لله علي أن يكون هذا الغنم لزيد» في نذر النتيجة جعل حق للمنذور له في العين مؤكدا ذلك بالإضافة إلى الله تعالى، أو ذلك نحو تمليك بالنسبة إلى المنذور له.

وفيه: ان هذا الاحتمال ثبوتا له وجه ولكن لا دليل عليه في مقام الإثبات لأن كلمة«اللام» في قول«لله علي» أعم من الملك والحق والاختصاص والأخير هو المتيقن والأولان مشكوكان ومقتضى الأصل عدم حصولهما.

وأما الثالث: وهو الدليل الخاص فلم نظفر على حديث بالخصوص يدل على المقام إلا موثق ابن مهزيار: «قلت لأبي الحسنعليه السلام رجل جعل على نفسه نذرا أن قضى الله حاجته أن يتصدق بدراهم فقضى الله حاجته فصيّر الدراهم ذهبا ووجهها إليك أ يجوز ذلك أو يعيد؟ قالعليه السلام: يعيد»[1] وفي رواية الشيخ رحمه الله بعين هذا الحديث: «أن يتصدق في مسجده بألف درهم»[2]

وفيه: ان المنساق منه ان الأمر بالإعادة انما هو لأجل عدم الوفاء بالنذر فإنه نذر ان يتصدق ولا وجه حينئذ لتوجيهها إلى الامامعليه السلام خصوصا بناء على نسخة الشيخ رحمه الله فإن التصدق كان مقيدا بكونه في مسجده ولم يحصل ذلك فمقتضى بقاء العين المنذورة على ملك مالكه وعدم حدوث حق يمنع عن سلطنته وتصرفاته في العين فمقتضى قاعدة السلطنة والعمومات والإطلاقات الجواز.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب النذر والعهد حديث :١.

نعم، لو شككنا في شمول الإطلاقات والعمومات، فمقتضى الأصل عدم ترتب الأثر على تصرفاته، لأنه يصير التمسك بالإطلاقات والعمومات حينئذ تمسكا بالدليل في الموضوع المشكوك، والظاهر صحة التمسك لأن المناط في الصحة وعدمها الأنظار العرفية كما في سائر الموارد فيصح البيع وان عصى وتجب عليه الكفارة وأداء المنذور بالمثل أو القيمة ولكن المسألة مشهورة بالإشكال فسلموا الاشكال ولم ينفح في دفعه حق المقال (رضوان الله تعالى عليهم على كل حال)و قال في الجواهر في كتاب العتق: «و لو نذر كونه لله خرج عن ملكه ووجبت الصدقة به» ولم يذكر دليلا عليه مع انه لا ربط له بالمقام لأنه في نذر النتيجة والمقام في نذر الفعل هذا.

وأما نذر النتيجة فهو على قسمين.

الأول: ما إذا كان مفاده تمليك شيء من الناذر للغير كما إذا قال: «لله عليّ أن يكون كتابي ـ مثلا ـ لزيد» في النذر المطلق، و«لله عليّ أن يكون كتابي لزيد ان رزقني الله ولداً»، في النذر المشروط وحينئذٍ فان قلنا في مطلق النذر بحصول الملكية للمنذور به فيكون في نذر النتيجة بالأولى وإلا فالإشكال فيه هو الإشكال في مطلق النذر.

الثاني: ما إذا كان مفاده غير التمليك كالتزويج، والطلاق، والعتق، والوقف، كما إذا قالت المرأة: «لله علي أن أكون زوجتك» أو قال الرجل لزوجته: «لله علي أن تكون مطلقة» فقالوا إنه لا يترتب على مثل هذه النذور الأثر. للأصل بعد كون هذه الأمور لها أسباب خاصة، والنذر والشرط ليس منها والمناط كله صدق وجوب الوفاء بالنذر لمثل ذلك وعدمه فمع عدم الصدق أو الشك فيه لا يترتب عليه الأثر، ويكفي الشك في الصدق في صحة التمسك بالأصل ويأتي في كتاب النذر بعض الكلام كما سيأتي في الشروط ما يناسب المقام ومن الله تعالى الاعتصام.

الثاني: من الحقوق المانعة عن صحة البيع: الخيار المتعلق بالعين.

أقول: متعلق الخيار إما نفس العقد ثمَّ العمل بالقواعد العامة. وإما إرجاع نفس العوضين إلى مالكهما قبل العقد، وإما أن يكون متعلقه رد مالية العوضين لا عينهما ولا يمنع حق الخيار عن البيع إلا في القسم الثاني فقط.

الثالث: ارتداد المملوك فإنه يوجب قتله ان كان عن فطرة فيكون بمنزلة الميت.

أقول: لا وجه لكونه مانعا عن صحة المعاملة إذا انطبق عليه عنوان السفه فيكون كبيع المملوك المريض المأيوس عن برئه فمع وجود الغرض الصحيح المعاملي يصح البيع ومع عدمه لا يصح ولا ربط لذلك بنفس الارتداد.

الرابع: الحلف على عدم البيع.

أقول: هو من النهي التكليفي الذي لا يوجب البطلان فيصح البيع وإن اثم وتجب عليه الكفارة.

الخامس: تعين الهدى للذبح وهو صحيح بناء على الخروج عن الملكية بمجرد التعين أو تعلق حق الفقراء به وقد مرّ التفصيل في كتاب الحج.

السادس: اشتراط عتق المملوك في عقد لازم.

أقول: اشتراط العتق كنذر العتق والكلام فيه عين ما تقدم في النذر فلا وجه للإعادة.

السابع: الكتابة بالنسبة إلى ما لم تحرر من المكاتب.

أقول: وذلك للزوم عقد الكتابة فيحصل للعبد حق بالنسبة إلى البيع الواقع عليه ويمكن أن يكون من الحكم الشرعي والتفصيل يطلب من محله.

الثامن: التدبير المعلق على موت غير المولى بناء على جوازه فإذا مات المولى ولم يمت من علق عليه العتق كان مملوكا للورثة ممنوعا عن التصرف فيه وأما المعلق على موت المولى فيجوز بيعه قبل موته، لأنه عقد جائز يكون نفس البيع حلا للتدبير فراجع.

التاسع: تعلق حق الموصى له بالموصى به وقبل قبوله بناء على اشتراط

(مسألة ٢٢): لا يجوز بيع أم الولد[٨٠] **و يتحقق الموضوع بمجرد**

الملك بالموت والقبول ويأتي التفصيل في كتاب الوصية إن شاء الله تعالى.

العاشر: تعلق حق الشفعة بالمال أقول: هذا وما قبله مانع عن لزوم البيع لا عن أصل صحته فيكون عدهما في موانع الصحة بلا وجه إلا أن يراد مطلق المانعية أعم من الصحة واللزوم.

الحادي عشر: تغذية الولد المملوك بنطفة سيده فيما إذا اشترى أمة حبلى فوطئها فأتت بالولد بناء على جواز بيعها، لنصوص كثيرة منها موثق ابن عمار قال: «سألت أبا الحسنعليه السلام عن رجل اشترى جارية حاملا قداستبان حملها فوطئها قالعليه السلام: بئس ما صنع ـ إلى أن قال ـ ان كان عزل عنها فليتق الله ولا يعد، وإن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد ولا يورثه ولكن يعتقه ويجعل له شيئا من ماله يعيش به فإنه قد غذاه بنطفته»[١]

الثاني عشر: كون الولد مملوكا ولد من حر شريك في أمة حال الوطي.

أقول: هذا مبني على رقية هذا الولد، ويأتي التفصيل في محله.

الثالث عشر: تعارض السبب المملك والمزيل للملك، كما لو قهر حربي أباه.

أقول: يظهر من الأدلة ان الحربي حاله حال المباحات الأصلية يملكه كل من استولى عليه على ما يأتي تفصيله في محله.

الرابع عشر: الغنيمة قبل القسمة بناء على منع الغانمين عن بيعها قبلها ولا دليل على ذلك، لأن الحق لا يعدوهم فإما أن يكون من بيع الفضولي ان وقع البيع على سهم الغير أو الحقيقي ان وقع على سهمه. هذا مضافا إلى الوقف وحق الرهانة والجناية وأم الولد وحق السادة والفقراء.

(٨٠) إجماعا من المسلمين، ونصوصا مستفيضة بينهم تأتي الإشارة

---

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث :١.

الحمل أيضاً(٨١) بشرط أن لا يموت ولدها في حياة سيدها والا فهي كسائر المماليك يجوز بيعها (٨٢)، كما يشترط أن يكون الحمل في زمان الملك (٨٣)، فلو ملكها بعد الحمل لا يجري عليها الحكم، ولو مات الولد من الصلب وبقي ولد الولد ففي جريان الحكم إشكال (٨٤).

(مسألة ٢٣): قد استثنى من عدم جواز بيع أم الولد مع حياة ولدها مواضع: (٨٥)

إلى بعضها.

(٨١) نصا، وإجماعا ففي صحيح ابن مارد عن الصادقؑ: «في الرجل يتزوج الأمة تلد منه أولادا ثمَّ يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثمَّ يبدو له في بيعها قالؑ: هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك وإن شاء أعتق»[1]

(٨٢) نصوصا، وإجماعا يأتي التعرض لبعضها.

(٨٣) لأنه المنساق من الأدلة والمشهور بين فقهاء الملة، وتقتضيه مناسبة الحكم والموضوع، وقاعدة السلطنة والعمومات والإطلاقات.

(٨٤) منشأه صدق الولد والجمود على الإطلاق، واحتمال الانصراف إلى خصوص ولد الصلب.

(٨٥) قد ثبت المنع عن بيع أم الولد في الجملة نصا وإجماعا وأما ان هذا من القواعد الكلية التي يرجع إليها في مقابل العمومات والإطلاقات وقاعدة السلطنة فلم يثبت ذلك وان ادعاها شيخنا الأنصاري رحمه الله.

وتظهر الثمرة في موارد الشك وفقد الدليل على الجواز. فبناء على كونها

---

(١) الوسائل باب: ٨٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث: ١.

قاعدة يرجع إليها، وبناء على العدم يرجع الى قاعدة السلطنة.

نعم، اقتضاء المنع في بيع أم الولد موجود ثبوتا لكنه لا ينفع في إفادة قاعدة كلية في مقام الإثبات ما لم يكن عموم أو إطلاق لفظي في البين والاخبار الواردة في المقام قاصرة الدلالة عن افادة العموم حتى يستظهر منه القاعدة الكلية كما لا يخفى على من تأمل فيها.

وأما ما سلكه بعض مشايخنا في إثبات القاعدة الكلية من أنه بعد إحـراز المقتضي ثبوتا يدفع المانع إثباتا بالأصل، فتثبت القاعدة الكلية بذلك.

مخدوش. أولا: بأنه لم يعهد إثـبات القـاعدة بـهذا النـحو فـي عـلم مـن العلوم.

وثانيا: ان عدم المانع من لوازم ترتب الحكم شرعا على الموضوع فيكون إثباته بالأصل من الأصول المثبتة.

نعم، يمكن أن يقال: ان المرتكز في النـفوس الاهـتمام بـجانب الحـرية وتقدمها مهما أمكن ولا بأس بجعل ذلك من القواعد العقلائية في الجملة إلا بدليل يدل على المنع.

وقد جمعوا موارد الاستثناء في موارد أربعة جامعها تـقديم الأهـم عـلى المهم.

الأول: تعلق حق الغير بها.

الثاني: تعلق حق سابق على الاستيلاء.

الثالث: تعلق حقها بتعجيل العتق.

الرابع: عدم تحقق الحكمة المانعة.

فمن الأول ثمن رقبتها، ومن الثاني ما إذا كان العلوق بعد رهنها أو إفلاس المولى وتعلق حق الغرماء ولا يبطل حق المرتهن بـذلك، ومـن الثـالث مـا إذا أسلمت وهي ذمية مع بقاء مولاها على الكفر فتباع على مولاها حـينئذ، ومـن الأخير ما إذا كان إبقاؤها في ملك المولى غير مـعرض لهـا للـعتق، لعـدم أرث

كلها مورد المناقشة [٨٦] إلا في موضع واحد وهو بيعها في ثمن رقبتها مع إعسار مولاها والمتيقن من هذه الصورة أيضاً صورة موت المالك بأن مات مدينا بثمنها ولم يترك سواها، وأما مع حياة مولاها فالحكم بالجواز مشكل [٨٧].

ولدها لأحد موانع الإرث.

فالمهم بيان حكم صورة الشك وفقد الدليل حتى يرجع مع عدم الدليل أو تعارضه.

فنقول: إن تمَّ كون عدم جواز بيع أم الولد قاعدة كلية فهي المرجع في موارد الشك والا فالمرجع عمومات البيع وإطلاقاته ولم تثبت القاعدة بعموم أو إطلاق لفظي ولا بإجماع مسلم والشك في ثبوتها يكفي في عدم الثبوت، فالمرجع في موارد الشك الإطلاقات والعمومات ولا وجه للتفصيل بأكثر من ذلك، إذا المسألة خرجت عن مورد الابتلاء منذ قرون كثيرة وفي عصرها لم تكن مورد الابتلاء بجملة كثيرة من فروعها التي تعرضوا لها فضلا عن عصر الانقضاء.

(٨٦) لأن قاعدة سلطنة الناس على أموالهم من أهم القواعد المعتبرة العقلائية التي لا يتقدم عليها شيء إلا بنص صحيح أو دليل تام صريح هذا مضافا إلى عمومات أدلة البيع وإطلاقاتها.

(٨٧) الأصل في هذا الحكم صحيح عمر بن يزيد قال: «قلت لأبي إبراهيم عليه السّلام: أسألك عن مسألة فقال عليه السلام: سل قلت لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ !!قال عليه السلام: في فكاك رقابهن. قلت فكيف ذلك؟ قال عليه السلام: أيما رجل اشترى جارية فأولدها ولم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه أخذ ولدها منها فبيعت وأدى ثمنها. قلت فيبعن في ما سوى ذلك من دين؟ قال عليه السلام: لا»[١] وسياقه المحاوري يدل على اعتبار قيود ثلاثة في الجواز، كون الدين

---

(١) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب بيع الحيوان.

(مسألة ٢٤): لا يجوز بيع الأرض المفتوحة عنوة (٨٨) **و هي**

في ثمن رقبتها، وعدم مال آخر للمولى، وموت المولى بقرينة قوله عليه السلام: «و لم يدع من المال»، وقوله عليه السلام: «لم باع أمير المؤمنين أمهات الأولاد» ويستفاد من استنكار السائل وجواب الامام عليه السلام التشديد في عدم بيعهن إلا في المقام لو فرض لها إطلاق ثابت في البين، مع انه لا وجه لإطلاقها، لكونها في مقام أصل التشريع ولا يستفاد منها أزيد من أصل الجواز في الجملة ولا بد من إحراز سائر القيود من الرجوع إلى الأدلة الأخرى ولا وجه لملاحظة التعارض بينها حتى يبحث عن انه العموم من وجه أو غيره.

ومنه يظهر الإشكال في غير هذه الصورة لثبوت حق أم الولدية وجدانا والشك انما هو في عروض المجوز. ويمكن أن يدخل في الموضوعات المركبة بعض اجزائها من الوجدان وبعض الأجزاء بالأصل بعد ان كان الاحتمال لا ينفع في الجواز ما لم يثبت بدليل قاطع، مع ان بناء الفقهاء بل العقلاء على تغليب جانب الحرية مهما أمكنهم ذلك عند عروض الجهات المزاحمة ويمكن أن يكون نظر شيخنا الأنصاري رحمه الله إلى ذلك حيث جعل عدم جواز بيع أم الولد من القواعد.

(٨٨) البحث في هذه المسألة من جهات.

الأولى: في أقسام الأراضي باعتبار نفسها وهو أنها إما محياة أو موات وكل منهما إما بالأصل أو بالعرض فهذه أقسام أربعة لا خامس لها.

والمحياة بالأصل كأطراف الشطوط والآجام والغابات ونحوها مما تكون في معرض الانتفاع القريب عرفا.

والموات بالأصل كبطون الأودية ورؤوس الجبال وما لا يكون في معرض الانتفاع عرفا.

و الموات بالعارض ما عرض لها الموت بعد الحياة. والمحياة بالعارض عكسه.

الثانية: ما كانت محياة بالأصل أو مواتا كذلك يكون للإمامعليه السلام نصا وإجماعا ففي صحيح الكابلي: «الأرض كلها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها إلى الامام من أهل بيتي وله ما أكل منها»(١) وقد عد أبو جعفرعليه السلام: «من الأنفال كل أرض لا رب لها»(٢) ولا ريب في ان الأنفال للإمام عليه السّلام بالأدلة الثلاثة كما مر في كتاب الخمس. وأما ما في مرسلة حماد حيث عد من الأنفال«كل أرض ميتة لا رب لها»(٣) فلا ينافي المطلق لكون كل منها مثبتا وفي مقام بيان الكلية في مورده فكأنهعليه السلام قال. كل أرض لا رب لها عامرة كانت أو ميتة مع ان سياق قولهعليه السلام: «كل أرض لا رب لها» آب عن التقييد، ويشهد لعدم التقييد ما ورد من«ان الأرض كلها للإمامعليه السلام»(٤) وإن كانت هذه الملكية غير الملكية الاعتبارية التي كلامنا فيها، ولكن يمكن الاستيناس به للمقام بل يمكن أن يقال ان الأرض كلها لهعليه السلام حتى بالملكية الاعتبارية إلا ما خرج بالدليل، هذا مع أن كون الأرض لا موضوعية لها من حيث هي وإنما تكون الميتة طريقا محضا لعدم كونها تحت استيلاء أحد فلا وجه للتقييد حينئذ، فمجموع الأخبار الواردة في المقام أقسام ثلاثة.

الأول: العمومات والإطلاقات الدالة على أن الأرض للإمام(٥)

الثاني: ما ورد من ان الأرض التي لا رب لها للإمام(٦)

الثالث: ما ورد من ان الأرض الميتة التي لا رب لها للإمام وبعد حمل الأخير على الغالب لا وجه للتقييد.

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب إحياء الموات حديث :٢.
(٢) و (٣) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الأنفال حديث :٢٨، ٤.
(٤) الوسائل باب: ٤ من أبواب الأنفال حديث :١٢.
(٥) راجع الوافي باب: ٢ من أبواب الخمس حديث: ٣ صفحة: ٣٥ ج :٦.
(٦) الوسائل باب: ٢ من أبواب الأنفال حديث :٢٨.

نعم، يقيد القسم الأول من الأخبار بقولهعليه السلام: «لا رب لها» لما دل من أن «من أحيا أرضا مواتا فهي له»[١] وما كانت عامرة بالأصل وعرضها الموات فمقتضى الأصل بقاؤها على ملك الامامعليه السلام وليس في البين دليل حاكم عليه.

وما كانت مواتا بالأصل وعرضها الحياة بالطبع لا من محي بشري فمقتضى الأصل بقاؤها على ملك الإمام أيضاً كما إذا غيرت الزلزلة أو السيل مجرى شط أو نهر من محل إلى آخر فصارت المحياة مواتا وبالعكس وإن كان ذلك بإحياء بشرى فهي للمحيي إجماعا، ونصا كما تقدم.

الثالثة: إحياء الموات من الأرض من الأمور المطلوبة والمحبوبة لكل من تمس قدميه الأرض من الإنسان كافة ـ نبيا كان أو إماما أو ملكا أو سوقيا ـ فالقطع برضا الامامعليه السلام حاصل في احياء ما كان ملكهعليه السلام من موات الأرض بشروط تأتي في محلها، لأنه رأس العقلاء ورئيسهم الذي لا بد وان يهتم اهتمام الأب الرحيم بأمور أولاده، مضافا إلى إطلاق قولهمعليهم السلام، «من أحيا أرضا مواتا فهي له».[٢] فإن سياقه الترخيص والاذن والامتنان فتطويل الكلام في المقام مما لا ينبغي، كما ان الظاهر قيام فقهاء عصر الغيبة مقامهعليه السلام في ولايتهم على الاذن في هذه الجهة أيضاً كذلك.

واحتمال العدم كما عن بعض مشايخنا.

بدعوى: أن أدلة الولاية لا تشمل أموالهعليه السلام الخاصة له كالأنفال وسهم الامام.

مخدوش: لأن أمواله الخاصة على قسمين قسم مختص بشخص نفسه من حيث أنه أحد أفراد من البشر ولا معنى لشمول أدلة الولاية لمثله وقسم يختص به من حيث انه رأس الطائفة ورئيسهم وأدلة الولاية تشمله قطعا

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب إحياء الموات حديث :٥.
(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب إحياء الموات حديث :٦.

و يطلب التفصيل من محله.

الرابعة: هل الاحياء تفيد الملكية أو مجرد الأحقية. والحق ان هذا النزاع ساقط من أصله لعدم الثمرة العملية أصلا بل ولا العلمية، لاتفاق الفقهاء واستقرار سيرة العقلاء من هبوط آدم إلى انقضاء العالم على ترتب آثار الملكية في مورد الاحياء والحيازة بشروطها المقررة وانما اختلف الفقهاء في ان كلمة «الكلام» في قولهمعليه السلام: «من أحيا أرضا ميتة فهي له»[١] وكذا النبوي: «هي لكم مني»[٢] أو بزيادة«أيها المسلمون» كما في آخر للملكية أو لمجرد الاختصاص ولا وجه لهذا الاختلاف، لأن هذه الجملة ليست من التعبديات حتى تصل النوبة إلى نظر الفقيه والاختلاف فيها بل هي من الفطريات العقلائية في كل مذهب وملة، لعدم اختصاص الاحياء بخصوص المسلمين، مع ان العقلاء بفطرتهم يرون الملكية في المحياة بماله من الشروط التي يأتي ذكرها في محلها.

وأما التمسك بعدم حصول الملك لورود لفظ«الأحق» في بعض الأخبار فلا وجه له لذكر لفظ«لهم» بعد ذكر لفظ«أحق» ففي صحيح ابن مسلم: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحق بها وهي لهم»[٣] وعن أبي جعفرعليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض وعمروها فهم أحق بها وهي لهم»[٤] ونحوهما غيرهما، وظهورها في الملكية مما لا ينكر.

وقيل بظهور الثمرة في البيع، فإن قلنا بالملكية يصح بيع المحياة للمحيي، إذ«لا بيع إلا فيما تملك»[٥] وإلا فلا.

وفيه: ما تقدم مرارا من ان البيع ليس الا جعل شيء بإزاء شيء آخر مما هو المرتكز في النفوس وثمرته.

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب إحياء الموات حديث :٥ و ٦.
(٢) مستدرك الوسائل باب: ١ من أبواب إحياء الموات حديث :٥.
(٣) الوسائل باب: ١ من أبواب إحياء الموات حديث :١ و ٤.
(٤) الوسائل باب: ١ من أبواب إحياء الموات حديث :١ و ٤.
(٥) مستدرك الوسائل باب: ١ من أبواب عقد البيع حديث: ٣ وسبق في ج: ١٦ صفحة :٢٥٥.

تارة: الملكية.

وأخرى: الأحقية.

وثالثة: زوال الملكية ومعنى قوله ﷺ: «لا بيع إلا في ملك» انما هو مالكية البيع بأي نحو كان لا مالكية المبيع فلا وجه لعد ذلك من الثمرة هذا كله مع عدم ظهور الحجة (عجّل الله تعالى فرجه الشريف)و أما بعد ظهوره فهو أعلم بما يقول ويفعل وليس لأحد تعيين وظيفته بعد الظهور.

ثمَّ انه كما تملك الموات بالاحياء تملك العامرة بالحيازة على ما يأتي تفصيله في محله.

الخامسة: هل الاذن في الاحياء مختص بخصوص الشيعة أو يعم جميع المسلمين بل الكفار أيضاً؟ الحق هو التعميم مطلقا، للسيرة، وإطلاق جملة من الأدلة، وما ذكر فيه المسلم، أو المؤمن أو نحو ذلك[١] يكون من باب ذكر أفضل الأفراد تشريفا ومن بيان بعض حكم الجعل لا أن يكون علة المجعول بنحو العلة التامة المنحصرة والشك يكفي في عدم ثبوتها.

السادسة: لو كانت العمارة من معمر فصارت مواتا أو كانت عامرة فتملكها أحد ثمَّ مات، فمقتضى الأصل بقاؤها على ملك مالكها ويدل عليه أيضاً خبر ابن خالد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ما ذا عليه؟ قال: الصدقة قلت:

فإن كان يعرف صاحبها قال: فليؤد إليه حقه»[٢] والمراد بالحق أما نفس رقبة الأرض أو أجرتها وعلى أي تقدير يدل على بقاء ملك الأول، ولكن في صحيح ابن وهب قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أيما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها فإن عليه فيها الصدقة، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخربها ثمَّ جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله ولمن

---

(١) راجع الوسائل باب: ٤ من أبواب الأنفال حديث :١٣.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب إحياء الموات حديث :٣.

عمرها»[١] وفي صحيح الكابلي[٢] فإن تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها فهو أحق بها من الذي تركها فليؤد خراجها إلى الامام من أهل بيتي وله ما أكل منها» ويمكن حمل الأخيرين على ما إذا امتنع الأول عن القيام بعمارتها فيزول حقه حينئذ لا محالة، وحمل خبر ابن خالد على ما إذا لم يمتنع فيفي حقه، مع ان خبر ابن خالد نص في عدم حق للثاني، والصحيحان ظاهران في أن له الحق ولا ريب في تقدم النص على الظاهر ولا يجوز التمسك بملكية الثاني بالعمومات الدالة على أن الاحياء موجب للملك، لأن التمسك بها في المقام من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية ويأتي التفصيل في كتاب الأحياء.

السابعة: ما عرضت لها الحياة من أراضي الموات تكون ملكا للمحيي سواء كان مسلما أو كافرا، كما مر ولا يزول هذا الملك إلا بناقل شرعي، للأصل وقاعدة السلطنة.

نعم، لو كان ما عمرها الكافر في دار الكفر يزول ملكه عنها بكل ما يزول به ملك المسلم، وبالاغتنام كسائر أمواله، وبانجلائهم عن أراضيهم فتكون للإمام عليه السّلام حينئذ وبمصالحتهم مع الامام على أن تكون الأراضي للمسلمين فتنتقل الأراضي عنهم في الصور الثلاثة وتكون للمسلمين في صورتين وللإمام في صورة واحدة وتقدم في كتاب الجهاد بعض الكلام ويأتي في المباحث المستقبلة ما ينفع المقام.

الثامنة: ما ملكه الكفار من الأراضي ثمَّ استولى عليها المسلمون لا يخلو مالكها عن أحد ثلاثة. الإمام عليه السلام، والمسلمون، والكافر الذي كان مالكا لها.

فمن الأول: الأرض التي انجلى أهلها عنها أو هلكوا بلا وارث غير الامام.

ومن الثاني: ما إذا غلب المسلمون عليهم وأخذوا أرضهم بالقهر والغلبة، وتسمى هذه بالمفتوحة عنوة، ومنه ما إذا أسلموا على أرضهم طوعا أو صولحوا على أن تكون الأرض للمسلمين.

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب إحياء الموات حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب إحياء الموات حديث: ٢.

و من الثالث: ما إذا أسلموا على أرضهم طوعا أو صولحوا على أن تكون الأرض لهم بشروط خاصة.

وفي الأرض المفتوحة عنوة جهات من البحث نشير إليها بنحو الاختصار.

منها: انه يعتبر فيها أن تكون محياة حين استيلاء المسلمين عليها، فإن الموات من الأنفال وهي للإمامعليه‌السلام بلا شبهة ولا كلام، ولو شك في انها كانت محياة أو موات فمقتضى الأصل عدم الحياة فتكون ملكا للإمامعليه‌السلام.

ومنها: انه يعتبر أن يكون الفتح بإذن الإمامعليه‌السلام وإلا تكون للإمامعليه‌السلام نصا وإجماعا قال أبو عبد اللهعليه‌السلام: «إذا غزا قوم بغير اذن الامام فغنموا كانت الغنيمة كلها للإمامعليه‌السلام وإذا غزوا بإذن الإمام فغنموا كان للإمامعليه‌السلام الخمس»[١]

ومنها: ان طريق إحراز الاذن منحصر بالعلم برضائهمعليهم‌السلام بتوسعة ظاهر الإسلام لأرض المسلمين في مقابل الكفر وأرضهم كما كان كذلك عند النبي صلى الله عليه وآله في أول البعثة بل في تمام زمان حياتهصلى‌الله‌عليه‌وآله، فإن ظاهر الإسلام مطلوب في مقابل الكفر ويمكن أن يربّى في ضمن تلك الصورة الظاهرة أشخاص ذوو حقيقة وواقعية.

وأما ما ورد من حرمة الجهاد إلا مع الامام العادل[٢] فهو حكم واقعي صحيح لا ينافي مطلوبية صورة الإسلام وظاهره بحسب الظاهر.

وبالجملة: دعوى العلم بتحقق الرضا من المعصوم صحيح بعد التأمل فيما ورد من المطلقات المرغبة إلى الإسلام والمجاملة مع فرقهم ومداراة الأئمةعليهم‌السلام معهم، وبعد التأمل في معاداة مطلق فرق الكفر مع المسلمين مطلقا بلا فرق بين الفتوحات الحاصلة في زمان الخلفاء الراشدين وزمان غيرهم من بني أمية وبني العباس.

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الأنفال حديث :١٦.

(٢) راجع ج: ١٥ صفحة :

و منها: ان المشهور تعلق الخمس بالأرض المفتوحة عنوة، لإطلاق آية الغنيمة[١] وإطلاق قولهم عليهم السلام في موثق أبي بصير: «كل شيء قوتل عليه على شهادة أن لا إله إلاّ الله وإن محمدا رسول الله فإن لنا خمسه»[٢] وقوله عليه السلام: «و ما لنا من الأرض وما أخرج الله منها إلا الخمس»[٣] وهو مختص بالمفتوحة عنوة لأن غيرها اما للإمام عليه السلام أو لأربابها ولم يخالف في المسألة إلا صاحب الحدائق ولا دليل له على ذلك يصح الاعتماد عليه وتقدم في كتاب الخمس ما يتعلق بالمقام فراجع، ويملك السادة الأرض بعد القبض كما في سائر أقسام الخمس وسهمهم يكون خارجا عن ملك المسلمين.

ومنها: لا يجوز بيع الأرض المفتوحة عنوة إجماعا، ونصوصا مستفيضة قال أبو عبد الله في خبر حماد: «و الأرض التي أخذت بخيل وركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج»[٤] وعنه عليه السلام في خبر الشامي: «لا تشتر من أرض السواد شيئا إلا من كانت له ذمة فإنما هو فيء للمسلمين»[٥] إلى غير ذلك من الأخبار ولا بد وان تكون كذلك، لأن هذه الأرض شعار للغلبة على العدو، ووسام استيلاء المسلمين عليهم وهي من مفاخر جميع مسلمي العالم من حين الاستيلاء عليها إلى يوم القيامة فلا بد وإن يحتفظ بهذا المفخر العظيم ولا ينبغي أن يقابل بالمال وتنتقل من يد إلى يد أخرى، وأي مال يصلح لأن يكون بدلا لهذا الشعار القويم.

نعم، يجوز بيع الآثار الحاصلة فيها، لقاعدة السلطنة، وللمشتري الاستيلاء على الأرض كما كان للبائع بتبع الآثار.

---

(١) سورة الأنفال: ٤١.
(٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث: ٥.
(٤) و (٤) الوافي باب: ٣٣ و ٣٤ من أبواب الخمس حديث: ٣ صفحة: ٣٨ و ٣٩.
(٥) الوسائل باب: ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٥.

و يمكن أن يقال: أن عدم جواز البيع مطابق للقاعدة، لأن هذه الملكية من سنخ ملكية السلطان لمملكته أي: ملكية دفع المزاحم والمنافي لا ملكية ذات الشيء ملكية شخصية أو نوعية متوقفة على القبض كما في ملكية الفقراء للصدقات وفي هذا النحو من الملكية لا يصح البيع قطعا.

نعم، دلت الأدلة على أنه يصح لهم الانتفاع بالأرض تبعا للآثار تنظيما لنظام عمران الأرض.

ومنها: انها ملك للمسلمين لمن كان منهم حين الاستيلاء ومن يوجد منهم إلى يوم القيامة ـ من ذكورهم وإناثهم وكبيرهم وصغيرهم وحرهم ومملوكهم ـ نحو ملكية خاصة تختص بها فقط ولا توجد في غيرها والمستند في الملكية لهم ظواهر الأخبار مثل قوله عليه السلام في موثق الحلبي: «لجميع المسلمين»[1] وقوله عليه السلام: «أرض المسلمين»[2] ونحو ذلك من التعبيرات.

وقد يقال: انها أعم من ملكية الرقبة ومطلق حق الاختصاص، ولذا ذهب جمع إلى ثبوت الأخير فقط.

ويمكن أن يقال: ان إطلاق هذه التعبيرات يقتضي الملكية، لأن إرادة غيرها في المحاورات تحتاج إلى قرينة وهي مفقودة، كما ان إطلاق صيغة الأمر يقتضي كون الوجوب نفسيا عينيا تعيينيا، لأن إرادة غيره يحتاج إلى بيان وعناية خاصة ويشهد لذلك ان في فن الحكمة والكلام يعبرون عن الملك بكلمة (له).

ولكن لا ثمرة بين القولين، للاتفاق على عدم جواز ترتب آثار الملكية بالنسبة إلى ذات الرقبة كالاتفاق على ملكية الآثار المستحدثة فيها وانتقال الأرض إلى الغير تبعا لانتقالها لا بالذات بل هي باقية على ما كانت عليها من كونها لجميع المسلمين.

ومنها: ان المراد بحق الاختصاص لمن بيده الأرض الخراجية انما هو

(١) الوسائل باب: ١٨ من أبواب إحياء الموات حديث :١.
(٢) الوسائل باب: ٧١ من أبواب جهاد العدو حديث :١.

حق دفع مزاحمة الغير عن التصرف في الأرض، لفرض انه استولى على الأرض بوجه شرعي فحصل له حق دفع المزاحم لا أن يكون المراد به حق النقل والانتقال والإرث ونحو ذلك من الآثار المترتبة على الملك أو على الحقوق القابلة للنقل والانتقال، لأن ذلك كله مناف لكونهما للمسلمين من حاضرهم وغابرهم ومن يأتي منهم إلى يوم الدين فيكون هذا الحق من جهة كحق البطن الموجود بالنسبة إلى العين الموقوفة مثلا وإن كان يخالفه من جهة أخرى.

ومنها: ان حصول حق الاختصاص لمن وقعت الأرض في يده لا بد وان يستند إلى اذن من ولي أمر المسلمين ـ اماما كان أو نائبه ـ لأن الأرض لجميع المسلمين ومن أهم مصالحهم العامة والتصرف فيها معرض للنزاع والجدال فلا بد في مثله من الرجوع إلى ولي الأمر، وليس لأحدهم التفرد بالتصرف فيها.

ويمكن الاعتماد على العلم بالرضا في المقام أيضاً، لأن الاستيذان الظاهري طريق إليه والظاهر حصوله، لأنهعليه السلام رأس العقلاء ورئيسهم والعقلاء خلفا عن سلف يهتمون بعمران الأرض اهتماما بليغا والشارع أكد فيه تأكيدا كثيرا كما لا يخفى على من راجع أبواب المزارعة والمساقاة ونحوهما مما يتعلق بعمران الأرض وكثرة الاهتمام به هذا بحسب الحكم الواقعي، وأما بحسب الحكم الظاهري فلا بد من الاستيذان دفعا للنزاع والجدال، لأن الموضوع من مظانهما فلا بد من الاستيذان منه دفعا لذلك.

ومنها: انه يجب فيها الخراج نصوصا[١] وإجماعا ولا بد أن يكون كذلك، لأنها من أهم أمور المسلمين فلا بد وان يتحصل منها ما يصرف في مصالحهم، وموكول إلى نظر ولي الأمر من تمام الجهات والخصوصيات كمية وكيفية وغيرهما، وله أن يهب لمن يشاء بما يريد، ويزيد على من يشاء بكل ما يشاء لاقتضاء مقام ولايته على رعيته ذلك، وللحاكم الشرعي أن ينفذ ما فعلته الحكومات الجائرة في تلك الأراضي تسهيلا على المسلمين وتيسيرا عليهم.

---

(١) الوسائل باب: ٧٢ من أبواب جهاد العدو، وباب: ٢١ من عقد البيع.

و منها: في تعيين موضوعه لا ريب في وجود الأراضي المفتوحة عنوة في بلاد المسلمين خصوصا في العراق المعبر عنه في الأخبار بأرض السواد، وليس لنا طريق معتبر لتعيينها بحد معين مخصوص وما قيل في ذلك لا يستند إلى ما يصح الاعتماد عليه ومن شاء العثور عليه فليراجع المطولات، فليس في البين علم تفصيلي بحدود هذه الأراضي.

نعم، لا ريب في وجود العلم الإجمالي، والذي يسهل الخطب أنه لا أثر لهذا العلم أبدا، ولذا جرت السيرة على معاملة الملك مع تلك الأراضي وأجزائها المنفصلة عنها ـ خلفا عن سلف، وذلك لأحد وجوه كلها صحيحة ـ موجبة لسقوط هذا العلم الإجمالي عن التنجز جامعها خروج بعض الأطراف عن الابتلاء.

أحدها: وجود أملاك شخصية مخصوصة كثيرة في تلك الأراضي قطعا.

وهذا يوجب سقوطه عن التنجز لخروج جملة من الأطراف حينئذ عن الابتلاء.

ثانيها: وجود موات في تلك الأراضي وهي لمن أحياها ويسقط بها العلم الإجمالي عن التنجز لا محالة.

وقد يقال: ان المشاهد المشرفة كلها من هذا القبيل ولكنه غير ثابت، بل يمكن استظهار الخلاف من بعض التواريخ.

ثالثها: الخمس من تلك الأراضي يكون ملكا لأربابها ـ بناء على كونهم مالكين للخمس ـ وهو أيضاً موجب لسقوط العلم الإجمالي.

رابعها: أراضي أهل الذمة التي أقرت في أيديهم تكون ملكا لهم وتنقل إلى غيرهم فيسقط بها العلم عن التنجز أيضاً وفي الاخبار إشارة إلى وجود مثل هذه الأراضي كقوله عليه السلام: «لا تشتر من أرض السواد شيئا إلا من كانت له ذمة»[1]

خامسها: ما باعها من ينفذ أمره من الأراضي المفتوحة عنوة لمصلحة

---

(١) الوسائل باب: ٢١ من أبواب عقد البيع حديث :٥.

المأخوذة من يد الكفار قهرا المعمورة وقت الفتح، فإنها ملك للمسلمين كافة فهي باقية على حالها بيد من يعمرها ويؤخذ خراجها ويصرف في مصالح المسلمين (٨٩)، وأما ما كانت مواتا حال الفتح ثمَّ عرض لها الاحياء فهي ملك لمحييها (٩٠)، وبذلك يسهل الخطب في الدور والعقار، وبعض الإقطاع من تلك الأراضي فيعامل معها معاملة الأملاك حيث انه من المحتمل إن المتصرف فيها ملكها بوجه صحيح فيحكم بملكية ما في يده

راجعة إلى المسلمين فإنه صحيح ويوجب التمليك ويوجب انحلال العلم.

سادسها: ما وهبه السلطان فإن حال الأرض كحال خارجها الذي يحل قبوله من السلطان فهذه جملة مما يوجب سقوط العلم عن التنجز وعدم الأثر له.

ومنها: الاجزاء المأخوذة عن الأرض المفتوحة عنوة ـ كالتراب والأحجار والنباتات ونحوها ـ وحكمها حكم المباحات الأولية يملكها كل من أستولى عليها، لما تقدم من سقوط العلم الإجمالي عن التنجز.

ومنها: انه هل المراد بالمفتوحة عنوة المحل الذي فتحه جيش المسلمين ونواحيها التابعة له عرفا، كالمدائن وحواليها التابعة لها في الأمور المتعارفة، أو المراد بها القطر الذي يقع فيها ذلك المحل، كالعراق مثلا لو فتحت المدائن عنوة يكون جميع أرض العراق من المفتوحة عنوة، الظاهر اختلاف ذلك باختلاف الخصوصيات والجهات. هذا كله نزر يسير مما يتعلق بالمفتوحة عنوة وتأتي الإشارة إلى بعضها الآخر في كتاب الاحياء ويبقى المهم منها إلى أن يظهر بقية الله لي أرضه ويحيى الأرض بعد موتها ويظهر العدل الإلهي في شرقها وغربها.

(٨٩) لما تقدم لي الأمور السابقة فراجع.

(٩٠) لما مر من أنها من الأنفال وهي للإمامعليه السلام وقد ملّكهاعليه السلام لمحييها فراجع[1]

---

(١) راجع الجزء الحادي عشر صفحة :٤٩٣.

ما لم يعلم خلافها[٩١]، والمتيقن من المفتوح عنوة بعض أرض العراق وبعض الأقطار ببلاد العجم [٩٢].

الشرط الخامس: من شروط العوضين: القدرة على التسليم [٩٣]، فلا يجوز بيع الطير المملوك الطائر في الهواء، والسمك كذلك السائر في الماء

---

(٩١) لقاعدة ان كل من استولى على شيء فهو له ما لم يعلم الخلاف، وتقدم وجوه ستة في انحلال العلم الإجمالي.

(٩٢) وحيث انه ليس لتعيين الأرض المفتوحة عنوة ثمرة عملية في هذه الأعصار فلا وجه لصرف الوقت فيه، وطريق تعيينه قول العدول من المؤرخين الذين عاينوا الموضوع وأخبروا عن حس، أو إجماع معتبر على التعيين، أو نص معتبر مفصل غير مجمل ودون إثبات كل ذلك خرط القتاد فراجع المفصلات.

نعم، العلم الإجمالي حاصل في الجملة وتقدم عدم تنجزه.

(٩٣) المراد بهذا الشرط إمكان استيلاء كل من المتعاملين على عوض ماله كما كان مستوليا على نفس ماله واعتبار هذا الشرط بهذا المعنى من فطريات العوام في الأسواق والأنام في جميع الآفاق، لأن قوام المعاوضة والمعاملة كذلك عند الناس بلا شبهة والتباس، ولو فرض تمامية ما استدل به الفقهاء في المقام كان إرشادا إلى ما ارتكز في أذهان العوام لا أن يكون نحوا من الكلام.

وقد استدلوا عليه. تارة بالإجماع.

وأخرى: بحديث: «نهى النبيﷺ عن بيع الغرر»[١]

وثالثة: بقولهﷺ: «لا بيع إلا في ما تملك»[٢]

ورابعة: بأن لازم العقد وجوب التسليم فيجب أن يكون مقدورا.

---

(١) تقدم في صفحة :٨.

(٢) مستدرك الوسائل باب: ١ من أبواب عقد البيع حديث :٣.

مع عدم قدرة المشتري على الأخذ[٩٤] و لو قدر المشتري على التسلّم ولم يقدر البائع على التسليم يصح [٩٥]، والعبرة في هذا الشرط على زمان استحقاق التسليم دون العقد[٩٦]، فلو كان مفقودا حين العقد وموجودا حين التسليم يصح بخلاف العكس، ولا فرق بين كون القدرة شرطا أو

وخامسة: بأن الغرض من البيع الانتفاع ومع عدم التسليم يسقط الغرض.

وسادسة: بأن بيع غير المقدور سفه فيكون من أكل المال بالباطل هذه أدلتهم قدس سرّه على ما لخصناه.

والكل مخدوش. إذ الأول من الإجماع العقلائي لا التعبدي الشرعي، إذ ليس كل ما أجمع عليه الفقهاء لا بد وأن يكون تعبديا شرعيا كما هو أوضح من أن يخفى، والثاني مبني على أن يكون المراد بالغرر أعم مما يتعلق بذات العوضين وصفاتهما وما يتعلق بالقدرة وهو أول الكلام وعلى فرضه يكون إرشادا إلى ما قلناه فلا وجه لتطويل البحث عن سند الحديث تارة ودلالته أخرى، والمراد بقوله صلّى الله عليه وآله: «لا بيع إلا في ما تملك» هو الاستيلاء على أصل البيع لا على تسليم المبيع، والبقية إن رجعت إلى ما قلناه كما هو الظاهر والا فلا يخفى ما فيها.

(٩٤) لما مر من اعتبار إمكان استيلاء المشتري على عوض ماله عرفا والمفروض عدمه في مثل المثالين.

(٩٥) لأن المناط كله وصول المشتري إلى عوض ماله واستيلائه عليه وتسليم البائع طريق إليه لا أن تكون فيه موضوعية خاصة كما هو معلوم بالوجدان.

(٩٦) لأن الالتزام العقدي طريق عرفي إلى التسليم والتسلم ولا موضوعية له بالسبة إلى هذا الشرط بوجه من الوجوه، وليس هذا الشرط كالعربية، والموالاة، والماضوية بالنسبة إلى العقد بناء على اعتبارها فيه. وعلى هذا فلو لم

العجز مانعا [٩٧].

(مسألة ٢٥): لو أمكن التسليم والتسلم حدوثا فماطل أحد

يكن البائع قادرا على التسليم وكان المشتري قادرا على الأخذ صح البيع، وكذا العكس بأن لم يكن المشتري قادرا على تسليم الثمن وكان البائع قادرا على أخذه، ولو كان أحدهما قادرا على التسليم وكان الآخر غير قادر على التسليم أصلا فلا يصح البيع.

(٩٧) لعدم الفرق بينهما في الأنظار العرفية وما عن شيخنا الأنصاري رحمه الله من عدم صحة كون العجز مانعا، لأن المانع ما يلزم من وجوده العدم والعجز أمر عدمي، لأنه ليس إلا عدم القدرة خلط بين التكوينيات والاعتباريات مع أن عدم القدرة ليس عدما محضا بل من عدم الملكة الذي له حظ من الوجود.

كما أن ما عن بعض مشايخنا من عدم المانعية للعجز لا واقعا ولا جعلا مغالطة واضحة بين التكوينيات والاعتباريات العرفية فإن العرف واللغة يعترف بصحة قولنا: (البائع عاجز عن تسليم المبيع)كصحة قولنا: (هو قادر عليه)و قد أشكلنا عليه في فقهه وأصوله ولم يقنعنا بالجواب.

ثمَّ انه لا ثمرة عملية بين كون القدرة شرطا أو العجز مانعا، لأنه مع سبق القدرة أو عدمها يجزي الأصل فيهما بالنسبة إلى القدرة وعدم العجز أو عدم القدرة والعجز ويترتب عليه حكمه سواء كانت القدرة شرطا أو العجز مانعا ومع عدم إحراز الحالة السابقة فليس في البين أصل بالنسبة إلى العدم النعتي وتجزي أصالة عدم المانع بالعدم الأزلي ولا أثر لها لأنها مثبتة بالنسبة إلى إثبات العجز ويصح إجراء أصالة عدم القدرة بالعدم الأزلي أيضاً وهي مثبت أيضاً بالنسبة إلى عدم القدرة الخاصة. إلا أن يقال بعدم الإثبات على ما تقدم مرارا من أن الحصة عين الكلي فلا إثبات في البين.

المتعاقدين عنه ثمَّ طرأ العجز يوجب ذلك الخيار [٩٨] و أما إذا لم يمكن ذلك من الأول بطل العقد [٩٩].

(مسألة ٢٦): لو عجز الوكيل في إجراء العقد عن التسليم والتسلم وقدر الأصيل عليه صح العقد [١٠٠] بخلاف العكس [١٠١] إلا في الوكيل المفوض [١٠٢].

(مسألة ٢٧): المشهور إنه لا يجوز بيع الآبق منفردا [١٠٣].

نعم، لو اشتراه المشتري للعتق وأعتقه مع عدم تسلمه يصح البيع [١٠٤].

(مسألة ٢٨): كل مورد قلنا ببطلان البيع لعدم القدرة على التسليم لو باع البائع واشترط للمشتري رد الثمن أو مثله مع عدم تسليم المبيع على

---

(٩٨) لوقوع العقد صحيحا، ومقتضى قاعدة نفي الضرر الخيار حينئذ.

(٩٩) كما تقدم، فلا ينعقد حتى تصل النوبة إلى الخيار كفقد سائر شرائط الصحة.

(١٠٠) لعدم ربط التسليم والتسلم بالوكيل حينئذ، بل هو أجنبي عنهما.

(١٠١) لأن الوكيل ليس له حق التسليم والتسلم والمفروض ان الأصيل عاجز فلا معنى لصحة العقد حينئذ.

(١٠٢) فإن معنى التفويض إيكال العقد إليه أعم من المباشرة والتسبيب والمفروض قدرة الوكيل على التسليم والتسلم تسبيبا.

(١٠٣) لعدم القدرة على التسليم، وللإجماع.

(١٠٤) ان قلنا بكفاية هذا النحو من الانتفاع الشخصي في صحة البيع ولو مع عدم قدرة البائع على التسليم، فيخرج بذلك عن الغرر ويكون المقتضي للصحة موجودا والمانع عنها مفقودا فتشمله العمومات والإطلاقات والمتيقن من إجماعهم على المنع غير هذه الصورة.

النحو الذي باعه يصح البيع [١٠٥]، وكذا لو اشترط المشتري على البائع ذلك، ويصح بيع الضال والمجحود مع هذا الشرط أيضاً [١٠٦].

(مسألة ٢٩): يجوز بيع الآبق مع الضميمة، وكذا بيع اللبن في الضرع، وبيع السمك في الأجمة [١٠٧].

ثمَّ انه لو قلنا بالصحة مطلقا مع ثبوت الخيار للمشتري لو اشتراه برجاء الظفر عليه لكان موافقا للقواعد وإن كان مخالفا للمشهور

(١٠٥) للإطلاقات، والعمومات، وعدم الغرر عرفا ولا شرعا، وثبوت استيلاء المشتري على ماله.

(١٠٦) للعمومات والإطلاقات، وعدم كون التسليم والتسلّم من مقومات إنشاء البيع.

(١٠٧) نصا وإجماعا ففي صحيح رفاعة قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السّلام قلت له: أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة وأعطيهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال عليه السلام: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوبا أو متاعا، فتقول لهم: أشترى منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهما فإن ذلك جائز» [١]

وفي موثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله قال عليه السلام: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئا آخر، ويقول: اشترى منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه» [٢] والمنساق منهما كون المملوك والضميمة بمنزلة شيء واحد وكون البيع تنجزيا بالنسبة إليهما معا.

ثمَّ انه قد ورد في صحة البيع مع الضميمة في بيع الآبق، وبيع اللبن في

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد البيع حديث :١.
(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب عقد البيع حديث :٢.

الضرع وبيع السمك في الأجمة اخبار[١] ويمكن جعل ذلك موافقا للقاعدة بأحد وجوه ثلاثة.

الأول: وقوع البيع بإزاء المجموع من الضميمة والآبق إلا أن البائع لا يضمن الآبق لو لم يظفر المشتري عليه مباشرة أو تسبيبا بناء على تنبيههما عليه ولا محذور فيه ثبوتا ولا إثباتا وحينئذ فيجري الحكم في الآبق وغيره من الضال والمحجور ونحوهما.

الثاني: كون المبيع الضميمة فقط ويصير الآبق جزء للمبيع بعد الظفر عليه ولا محذور فيه إلا دعوى انه بيع تنجيزي بالنسبة إلى الضميمة وتعليقي بالنسبة إلى غيرها.

وفيه: إن إنشاء البيع تنجيزي مطلقا.

نعم، الفعلية الخارجية تدور مدار تحقق الموضوع وذلك لا يسمى تعليقيا مع أن التعليق على مقتضى العقد لا دليل على بطلانه من عقل أو نقل فنفس الإنشاء الواحد ينحل إلى إنشاءات متعددة حسب ثبوت المقتضيات.

الثالث: كون البيع هو المجموع من حيث المجموع ومع عدم الظفر على الآبق يختص البيع بالنسبة إلى الضميمة فقط ولا محذور فيه أيضاً، فالنص ورد موافقا للقاعدة لا مخالفا لها حتى يقتصر على مورده ولكن الأحوط الاقتصار على خصوص مورد النص.

(١) راجع الوسائل باب: ١٢ من أبواب عقد البيع

فصل في الخيارات

ينبغي تقديم أمور.

الأول: الخيار لغة عبارة عن اختيار فعل أو الترك أو إبقاء شيء أو ازالته وبهذا المعنى اللغوي العرفي ورد في الكتاب والسنة قال تعالى ﴿وَ رَبُّكَ يَخْلُقُ مٰا يَشٰاءُ وَ يَخْتٰارُ﴾[1] وقوله تعالى ﴿وَ اِخْتٰارَ مُوسىٰ قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلاً لِمِيقٰاتِنٰا﴾[2] ويسمى الخير خيرا لتعلق الاختيار به وللترغيب إلى اختياره في مقابل الشر، فليس للشرع وللفقهاء فيه اصطلاح جديد في مقابل العرف واللغة.

نعم، يستعمل في العرف واللغة في جميع الموارد، وفي اصطلاح الفقهاء في موارد خاصة فالفرق بينهما بالعموم والخصوص لا بحسب المفهوم كما هو واضح فتشمل جميع العقود التي تكون لكل واحد من المتعاقدين أو لأحدهما فقط سلطة إبقاء العقد وحله بلا فرق بين المعاوضات وغيرها على ما يأتي من التفصيل في النكاح وغيره.

الثاني: مقتضى الوجدان تقوم الاختيار وجميع ما يتفرع منه بنحو من السلطة والاستيلاء فيكون الخيار لدى العرف والعقلاء نحو حق خاص لصاحبه فليس من مطلق الترخيصات العرفية ولا من الحكم الشرعي حتى لا يكون لصاحبه تسليط عليه فيكون جميع العقود الجائزة الحكمية خارجا عنه تخصصا، إذ ليس فيها حق وسلطنة لأحد على الإبقاء والحل وإنما الجواز فيها حكم إلهي ولا ربط له بمشية المتعاقدين وإرادتهما واختيارهما أبدا. كما أنه

---

(١) سورة القصص :٦٨.

(٢) سورة الأعراف :١٥٥.

ليس الخيار ملكا بالمعنى المصطلح عليه وهو الاستيلاء والسلطة المطلقة على الشيء كملكية البائع للثمن والمشتري للمثمن، بل هو حق خاص وهو أيضاً من مراتب السلطنة والاستيلاء والفرق بينه وبين الملك بالشدة والضعف ويكفي الشك في تحقق الملكية في عدم حصولها، لأن حصول المرتبة الضعيفة من السلطنة معلوم والزائد عليها مشكوك ومقتضى الأصل عدم الحصول. وتعبير بعض الفقهاء بملك فسخ العقد وإبقائه لا يدل على انه ملك، إذ المراد بقوله: «ملك فسخ العقد» هو مطلق الاستيلاء والسلطنة ولا ريب في كونهما أعم من الملك الاصطلاحي الذي هو في مقابل الحق.

الثالث: الاختيار وجميع ما يتفرع منه متقوم بطرفين في حد ذاته أي الفعل والترك وقد أثبتوا ذلك بالأدلة في فن الكلام والحكمة مضافا إلى الوجدان وهو يحكم بأن أحد طرفيه ثبوتي والآخر عدمي فهو في الواقع كذلك وإن عبر في الظاهر عن العدمي بالتعبير الوجودي أي: الفسخ والإبرام أو وجودي وعدمي أي الفسخ وتركه، مع انه لا يترتب على هذا النزاع ثمرة عملية بل ولا علمية معتنى بها بعد وضوح المقصود عند سواد الناس وعامتهم.

الرابع: من أهم الأصول النظامية بين الناس اهتمامهم بإبرام عهودهم وعقودهم والقرارات المعاملية الجعلية بينهم، فيستنكرون خلف الوعد فيما بينهم فضلا عن نقض العقد والعهد فيرون بفطرتهم ان بناء العقود والعهود والقرار المعاملي على الثبات واللزوم إلا ما خرج بالدليل يعني: ان طبعها من حيث العقد والشد والربط اللزوم مع قطع النظر عن الجهات الخارجية.

وبعبارة أخرى: ذات العقد ـ من حيث هو عهد وقرار خاص بين المتعاقدين ـ اللزوم كما يقال: الأصل في الجسم أن يكون كرويا وكذا بناء العقد من حيث بناء العقلاء فيه على اللزوم والاستقرار وفي مثل هذه الأمور العامة البلوى يكفي عدم ثبوت الردع شرعا ولا نحتاج إلى التقرير ومع ذلك قد ورد

التقرير بطرق شتى أشرنا إليها في أول المعاطاة[١] فلو تعرضنا لها في المقام لاستلزم التكرار من دون أن يكون فيه شيء زائد على ما تقدم والظاهر عدم الاحتياج إلى التفصيل والتكرار، لأن وقوف العقلاء لدى التزاماتهم وثباتهم عليه أوضح لديهم من أن يحتاج إلى الاستدلال عليه فيصح أن يستدل به لا أن يستدل عليه.

الخامس: أصالة اللزوم الثابتة لدى العقلاء في عهودهم وعقودهم من الأصول الكلية النظامية سواء عدت في الفقه من الأصول اللفظية أو العملية وهي تجري في جميع موارد الشك في اللزوم وعدمه سواء كان منشأ الشك في الشبهة الكلية أو في الشبهة الموضوعية ما لم تكن امارة على الخلاف أو أصل موضوعي كذلك كما هو الشأن في جميع موارد الأصول الكلية فلا يتمسك بها مع الأمارة أو الأصل الموضوعي على الخلاف، فلو انعقد العقد جائزا ثمَّ شك في عروض اللزوم لسبب من أسبابه لا تجري فيه أصالة اللزوم، لوجود استصحاب الجواز وهو أصل موضوعي وكل أصل موضوعي مقدم على الأصل الحكمي هذا في غير مورد التنازع والتخاصم وأما فيه فيأتي تفصيله في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى.

السادس: العقود الدائرة بين الناس على أقسام.

الأول: ما هو لازم بنحو العلة التامة فلا معنى لجعل الخيار فيه أبدا لخروجه عن تحت استيلاء المتعاقدين كالنكاح فاللزوم فيه ذاتي حكمي لا خيار فيه إلا في موارد خاصة عينها الشارع تأتي في كتاب النكاح.

الثاني: ما هو جائز اقتضائي كالهبة إلى غير ذي الرحم والزوج والزوجة مع بقاء العين فإن الجواز فيها اقتضائي حكمي وقالوا: إنه لا وجه لجعل الخيار فيها، لأنه لغو بعد كون الجواز من مقتضيات ذاتها.

وفيه: إنه لا مانع من تعدد السبب بنحو التبدل والتعاقب، مع أن له أثر وهو

---

(١) راجع المجلد السادس عشر صفحة :٢٢٦-٢٤٨.

ثبوت الإرث، لأن الخيار حق يورث بخلاف نفس الجواز الثابت للعقد لأنه حكم ولا يورث.

وأما اشتراط اللزوم في العقود الجائزة في ضمن عقد لازم آخر فلا مانع منه إلا إذا ثبت أن الجواز فيها بنحو العلية التامة المنحصرة بحيث لا تتغير ولا تتبدل والشك فيها يكفي في عدم ثبوتها.

الثالث: اللزوم الحقي كنوع المعاوضات فإن اللزوم فيها إنما هو لأجل الحق الذي حصل من القرار المعاوضي المتحقق بينهم، فيكون اختيار هذا الحق أنهم إن شاؤوا أبقوه على حاله وإن شاؤوا أزالوه بجعل الخيار.

الرابع: الجواز الحقي وهو في مورد تحقق شرط الخيار في اللزوم الحقي، ويأتي تفصيل هذا الإجمال في مستقبل المقال إن شاء الله تعالى.

السابع: الالتزامات المعاملية الدائرة بين الناس والقرارات الجعلية الرائجة بينهم تدور مدار الاحتفاظ بمالية أموالهم والوصول إلى مقاصدهم وأغراضهم، فالقرار الجعلي الواقع بين المتعاقدين وإن كان واحدا صورة، لكنه منبسط في الواقع على التزامات كثيرة حسب الأغراض النوعية المعاملية، كالالتزام بعدم العيب، وعدم التأخير، وعدم تخلف الشرط، إلى غير ذلك من موارد الخيارات، ومع ثبوت الخلل في أحد تلك الالتزامات يختل الالتزام العقدي إلا مع الدليل على الخلاف، لأن هذه الالتزامات ملحوظة بنحو الواحد الانبساطي، كانبساط وجوب الصلاة مثلا عليها من أول التكبيرة إلى آخر التسليمة، فجميع الخيارات المذكورة في كتب الفقهاء مطابق للقاعدة، لا أن تكون مخالفا حتى نحتاج إلى التماس دليل لكل واحد منها بالخصوص حتى خيار الحيوان لأن الأغراض المعاملية بالنسبة إلى الحيوان مختلفة لا يطلع عليها إلا بعد تملكها والاستيلاء عليها. وكذا خيار المجلس أيضاً، لأن تجدد الرأي من الأمور النوعية في المعاوضات وقد حدد الشارع زمانه بالمجلس، فالزمان فيه وفي خيار الحيوان فيه تعبد وتحديد شرعي لا أن يكون أصلهما كذلك، كما ان

الخيار: سلطنة خاصة على حل العقد لطرفيه أو لأحدهما فقط على ما سيأتي.

وهي أقسام [(١)].

الأول: خيار المجلس [(٢)]، فإذا وقع البيع فللمتبايعين الخيار ما لم

أصل السفر أمر عرفي ولكن تحديده بحدّ خاص وقيود خاصة شرعي، وللمقام نظائر كثيرة في الفقه.

نعم، الانحلال في الأغراض الشخصية لا يكون موجبا لاختلال الالتزام المعاملي والا لاختل نظم المعاملات لكثرة الأغراض الشخصية واختلافها اختلافا كثيرا.

وبالجملة إن الخيارات حقوق اعتبرها العرف والعقلاء عند عروض أسباب خاصة وليس في أصلها تعبد شرعي وإن كان ذلك في بعض حدودها وقيودها وأحكامها على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

الثامن: قد أنهى الشهيد في اللمعة الخيارات إلى أربعة عشر وهي: خيار المجلس، وخيار الحيوان، والشرط، والتأخير، وما يفسد ليومه، والرؤية، والغبن، والعيب، والتدليس، والاشتراط، والشركة، وتعذر التسليم، وتبعض الصفقة، والتفليس. والمعروف التعرض لسبعة منها، وعن المحقق في الشرائع ذكر خمسة منها، وعن بعض ذكر ثمانية، وليس ذلك خلافا وإنما هو من الاكتفاء بالأهم، كل بحسب نظره.

(١) تعرضنا لها في الأمر الثامن.

(٢) للنصوص المستفيضة، مضافا إلى الإجماع، ففي صحيحي زرارة وابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا»[(١)]، وعنه عليه السلام في صحيح الفضيل: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الخيار حديث: ١.

يفترقا، فإذا افترقا سقط الخيار من الطرفين ولزم البيع من الجانبين [٣]، ويكفي في الافتراق مجرد صدقه العرفي ولو تحقق بأقل من مقدار خطوة [٤]. ولا يعتبر فيه أن يكون عن الرضا فيسقط به الخيار ولو كان عن

بعد الرضا منهما»[١] إلى غير ذلك من الأخبار المستفيضة بل المتواترة بين الفريقين[٢].

ثمَّ إن لفظ المجلس لم يرد في خبر من الأخبار، وحيث إن هذا الخيار مغيى بالافتراق يعلم منه إنه خيار الاجتماع، ومن جهة أنه لا بد وأن يكون في المكان، فالمراد هو الاجتماع في المكان، وحيث أن الغالب في الاجتماع كونه محلا للجلوس عبّر بخيار المجلس، فالمراد إنما هو خيار الاجتماع في حال العقد، سواء كانا قائمين أو جالسين أو ماشيين، فذكر المجلس إنما هو من باب الغالب.

وأما ما ورد في خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا»[٣] فهو محمول على اشتراط السقوط بذلك، فيكون المراد بالصفق الالتزامي لا الصفق الإنشائي.

ويمكن الحمل على التقية لأنه مروي عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام.

(٣) للنص والإجماع، وتقدم قوله عليه السلام: «فإذا افترقا فلا خيار». والمراد به تغيير الهيئة الاجتماعية التي كانت حين العقد.

(٤) للإطلاق الشامل للأقل منها أيضاً. وعن بعض التشكيك في الأقل، وعن آخر التشكيك في كفاية الخطوة أيضاً، لاستصحاب بقاء الخيار، لما في بعض الأخبار «فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ثمَّ رجعت فأردت أن يجب

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الخيار حديث: ٢ و٣.
(٢) راجع الوسائل باب: ١ من أبواب الخيار وراجع البخاري ج: ٣ ص: ٨٣ ـ ٨٤ ط: مطابع الشعب.
(٣) الوسائل باب: ١ من أبواب الخيار حديث :٧.

الغفلة والنسيان والاضطرار[٥].

(مسألة ١): يثبت هذا الخيار للوكيل المفوض إليه أمر العقد من كل جهة[٦] دون غيره[٧]. وهل يثبت هذا الخيار للموكلين أيضاً مع ثبوته

البيع»[١] ولكن الاستصحاب لا وجه له في مقابل الإطلاق، وما ذكر في الحديث إنما هو من باب المثال لا التقييد.

نعم، لو شك العرف في صدق الافتراق لا وجه حينئذ للتمسك بالإطلاق، وكونه من احدى طرق التفرق، ويشهد له قولهعليه السلام في بعض الاخبار: «قام فمضى»[٢]

(٥) لصدق الافتراق عرفا على ذلك كله فيشمله الإطلاق. وما في صحيح الفضيل: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»[٣] إما محمول على الغالب فلا وجه لتقييد المطلقات به أو المراد بالرضا بأصل البيع حين الإنشاء.

(٦) لأن المنساق من الأدلة إنه ثابت لكل من كان مسلطا على جميع شؤون العقد الشرعية إيجابا، وفسخا وتسليما وتسلّما، والمفروض انه كذلك فتشمله الأدلة قهرا.

نعم، لو كان المدار في ثبوته على كل من سمي بائعا ولو بعنوان الوكالة في العقد فقط يثبت للوكيل على العقد له أيضاً.

ولكنه ممنوع: ويكفي الشك فيه في عدم شمول الإطلاق له.

(٧) لعدم مساعدة الأذهان العرفية عليه، وما قيل في وجهه من أنه لا سلطة له على الفسخ حتى يشمله الدليل، والدليل لا يثبت الموضوع وانما تكون سلطته على مجرد إنشاء العقد فقط فهو والأجنبي بالنسبة إلى الفسخ والخيار

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب الخيار حديث :٢.
(٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب الخيار حديث :١.
(٣) الوسائل باب: ١ من أبواب الخيار حديث :٣.

سواء، وكذا لو لم يكن مفوضا من كل جهة وإن كانت دائرة وكـالته أوسع مـن الوكيل في مجرد إنشاء العقد فقط.

مخدوش: على ما يأتي تفصيله. والشك في الثبوت يكفي في عدمه بـعد عدم صحة التمسك بالإطلاق حينئذ، لأنه من التـمسك بـالدليل فـي المـوضوع المشتبه، كما مرّ.

وعن بعض مشايخنا قدس سرّه استظهار ثبوت الخيار للوكيل في مـجرد العقد أيضاً، وخلاصة ما قاله قدس سره في بحثه الشريف بتوضيح منا: إن محل الكلام ثبوت الخيار للوكيل في مقابل الموكل لا من حيث إنه طريق اليه حـتى يقسم الوكيل إلى أقسام ثلاثة: المفوض إليه جميع شؤون العقد، ومن هو الوكيل في مجرد الإنشاء، ومن هو برزخ بينهما، وطريق استظهار ثبوته للوكيل من حيث هو أمور.

الأول: تعليق الخيار على صدق عنوان البيع عرفا، ولا ريب في صدقه على الوكيل كذلك، فيستفاد منه الملازمة العرفية بين السلطة الإنشـائية البـيعية فـقط والسلطة الخيارية.

الثاني: لا ريب في صحة فعل الخيار للأجنبي مع انه لا سلطة له على شيء من العقد والرد، والاسترداد، وطبع الخيار يقتضي كونه في جميع موارده وأقسامه واحد إلا مع دليل على الخلاف وهو مفقود، وحكم الأمثال في ما يجوز وما لا يجوز واحد.

الثالث: إنشاء البيع صحيحا من الأمور التسبيبية القـهرية لثـبوت الخـيار للمنشئ، فيكون ذلك من سنخ الأمور التوليدية على ما هو سياق قوله: «البيعان بالخيار». فالتفصيل بين أقسام الوكلاء كما يظهر عن جمع منهم شيخنا الأنصاري لا وجه له.

أقول: وهو كلام حسن ولا خدشة فيه إلا ما ذكروه لاخـتصاص الخـيار بالمالك والوكيل الذي يكون مفوضا، وهو أمور.

منها: التبادر، والانصراف.

وفيه: ان البيّع مطلق من كان بيّعا بالحمل الشائع، ومن يصدق ذلك عليه عرفا، ولا ريب في صحة الصدق على الوكيل في إجراء العقد أيضاً، والانصراف ـ لو فرض صحته ـ فهو بدوي.

ومنها: إن الخيار في مقابل وجوب الوفاء بالعقد، وهو مختص بالمالك فلا بد من اختصاص الخيار به أيضاً.

وفيه: إن الخيار ثابت لمن يكون اختيار إيجاد العقد بيده، وهذا يشمل الوكيل أيضاً، وللعقد آثار يمكن التفكيك بينها حسب ما يقتضيه الدليل.

ومنها: استظهار الاختصاص بالمالك من بعض الأخبار، كقول النبي صلى الله عليه وآله: «إذا التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا»(١) وما ورد في خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار، وخيار الحيوان مختص بالمالك فلا بد وأن يكون خيار المجلس أيضاً كذلك لوحدة السياق.

وفيه: صدق التاجر على الوكيل أيضاً، لأنه بمعنى من يبيع ويشتري.

نعم، لا بأس بدعوى الانصراف إلى المالك للغلبة وهو غير معتبر، كما ثبت في محله. ويصح إطلاق الصدق والكذب بالنسبة إليه أيضاً. مع إن الخبر مثبت، وقوله صلى الله عليه وآله: «البيعان ـ الحديث ـ» مثبت أيضاً، ولا تنافي بين المثبتين، كما هو معلوم. وأما وحدة السياق فليس هو دليل معتبر بعد ثبوت القرينة على اختصاص خيار الحيوان بالمالك.

ومنها: إن حكمة جعل الخيار التروي والإرفاق للمالك فلا تشمل الوكيل.

وفيه: ما هو المعلوم من إن الحكمة لا اطراد فيها، وما يعتبر الاطراد فيه إنما هو العلة التامة المنحصرة فقط.

ومنها: إن أدلة سائر الخيارات لا يشمل غير المالك فليكن المقام أيضاً كذلك.

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الخيار حديث :٦.

للوكيل المفوض، أو لمطلق الوكيل ـ لو قلنا بـه ـ مـطلقا، أو لا يـثبت مـطلقا، أو يفصل بين حضورهما في محل العقد فيثبت وعـدم الحـضور فـلا يـثبت؟ أقوال ذهب إلى كل فريق، ويمكن تأييد الأخـير (٨). ولو قـلنا بـعدم الخـيار

وفيه: إن عدم شمولها إنما هو لأجل الجهات الخارجية فالتفكيك بينهما من هذه الجهة.

ومنها: ما أشرنا إليه من أن الخيار يثبت لمـن يكـون مسـلطا عـلى الرد والاسترداد، والوكيل في مجرد العقد بمعزل عن ذلك، وهذا أدق أدلتهم.

وفيه: أن الخيار فسخ العقد وحلّه فقط، والرد والاسترداد من اللوازم القهرية المنطبقة على من له أهلية ذلك شرعا، كان الفاسخ أهلا لهما أولا، علم بذلك أو لم يعلم.

ومنها: إن ثبوت الخيار للوكيل يضاد سلطنة المالك، لأن بالفسخ يـخرج المال عن ملكه بلا اختيار منه.

وفيه. أولا: إنه منقوض بفسخ المشتري بالنسبة إلى البائع وبالعكس.

وثانيا: إنه بعد صحة الاستظهار من الدليل شمول الخيار للوكيل فلا بأس به لحكومته حينئذ على أصالة اللزوم. هذا ولكن الأذهان العرفية لا تسـاعد عـلى ثبوت الخيار لغير الوكيل المفوّض، كما قلناه.

(٨) لأنهما الأصيل والوكيل فرع لهما، ويصح نسـبة البـيع إليـهما حـقيقة بحسب العرف والشرع، بل اللغة أيضاً. وعلى هـذا فـاحتمال دخـالة خـصوص إنشاء العقد في ثبوت هذا الخيار ساقط فلا تصل النوبة إلى أصالة عدم الخـيار بالنسبة إلى الموكلين، لصدق دليل ثـبوت الخـيار عـليهما أيـضاً لكـن بشـرط اجتماعهما حال العقد وفي محله سواء كان الاجتماع في حال الجلوس أو المشي أو القيام أو أية حالة كانت وعلى هذا فيمكن ثبوت هذا الخيار لأشخاص متعددة ومقتضى المـتفاهم العـرفي حـينئذ انـه لو تـفرق أحـد المـوكلين عـن الآخـر

للوكيل وثبوته للموكل فهل يجوز نقله إلى الوكيل وتفويضه إليه؟ وجهان [٩].

(مسألة ٢): لا يثبت هذا الخيار للفضولي [١٠].

(مسألة ٣): لو كان العاقد واحد لنفسه أو عن اثنين ولاية أو وكالة فلا خيار له [١١].

يسقط خيارهما وبقي خيار الوكيلين وكذا العكس هذا بناء على انحلال حق الخيار بحسب الأشخاص. وأما لو قلنا انه حق واحد للمجموع من حيث المجموع أو انه من ثبوت طبيعي الخيار لطبيعي الأشخاص المغيّى بتحقق طبيعي الافتراق فيسقط الخيار مطلقا بافتراق واحد منهم والمتيقن هو الأخير وغيره يحتاج إلى دليل وهو مفقود وحيث أن هذه الفروع نادرة الابتلاء جدا فالتفصيل بأكثر من ذلك من تضييع الوقت.

(٩) مبنيان على انه قابل للنقل والانتقال أولا أو يتعين الأول لو قلنا بأن كل حق قابل للنقل والإسقاط إلا ما خرج بالدليل كما هو المرتكز في الأذهان العرفية.

(١٠) الانصراف الدليل عنه وإن كان مقتضى الجمود على صدق البيع عليه عرفا هو الثبوت خصوصا بعد القول بثبوته للوكيل في مجرد إجراء الصيغة والقول بالكشف الحقيقي ويثبت للمالكين مع اجتماعهما حال صدور العقد من الفضولي. واحتمال ان الإجازة التزام بالعقد فلا وجه بعدها للخيار ساقط: لأنها ليست إلا كالإذن السابق.

نعم، لو كانت محفوفة بما يدل عليه عرفا لا وجه للخيار حينئذ.

(١١) لتقومه في ظاهر الدليل بالإثنينية، وإمكان الافتراق.

والأول وان أمكن فرضه اعتبارا.

ولكن الأخير لا يمكن ذلك فيه وحمله على الغالب غير ممكن في المقام، لفرض انه ذكر بعنوان القيدية والحمل عليه يخرجه عن استفادة التعبدية

و يمكن فرض الخيار في من ينعتق على أحد المتبايعين (١٢).

كما لا يخفى.

ولكنه مخدوش: بأنه قيد في ظرف الإمكان لا مع عدمه وحينئذ فيسقط هذا بسائر المسقطات.

(١٢) بدعوى ان متعلق الخيار إنما هو العقد بما هو طريق إلى استرجاع مالية العوضين لا إلى استرجاعهما من حيث العينية الشخصية فقط حتى لا يتصور مع وجود مانع عقلي أو شرعي عن رد العين.

وما يقال من أنه لا وجه للخيار في المقام لأنه انما يكون فيما إذا كان البيع مقدمة للملكية لا لسلبها والبيع في المقام سبب لسلب الملكية فلا وجه للخيار.

مدفوع: بما مر من أن متعلق العقد انما هو طريق لاسترجاع المالية لا العينية الشخصية فما هو المسلوب غير ما هو الباقي فلا محذور لثبوت الخيار.

وأما ما يقال: من ان الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى المالك الأصلي ولو تقديرا لتكون مضمونة له بالقيمة على من انتقل إليه فلا وجه للخيار من هذه الجهة.

فاسد: لأن الخيار انما هو باعتبار عود المالية ولا محذور فيه، مع أن عود الملكية التقديرية أيضاً بلا محذور، فكما تكون الملكية التقديرية مصححا لأصل البيع فلتكن مصححا للخيار أيضاً مع الانتقال إلى القيمة بعد ذلك والضمان بها كما في صورة التلف.

وبما قلناه يمكن تصحيح الخيار في العبد المسلم المشترى من الكافر أيضاً، مع ان المنساق من نفى السبيل للكافر على المسلم انما هو السبيل الثابت المستقر الذي يجبر على بيعه ثانيا وعلى هذا فيصح استرجاع العين حقيقة أيضاً مع إجباره على فك الملك، وكذا فيما إذا كان المبيع مما لم يكن له بقاء فإنه يصح أيضاً باعتبار رد المالية مع فرض عدم إمكان رد العين.

(مسألة ٤): لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع [(١٣)]**، بجميع أقسامه حتى بيع الصرف والسلم أيضاً** [(١٤)]**.**

(مسألة ٥): مبدأ هذا الخيار من حين العقد [(١٥)]**.**

(مسألة ٦): يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في العقد [(١٦)]**.**

---

(١٣) للإجماع، والأصل، وظواهر الأدلة.

(١٤) لعموم الدليل وإطلاقه من غير ما يصلح التقييد والتخصيص، إلا دعوى انه مع كون القبض شرطا للزوم يكون العقد جائزا قبله فلا وجه للخيار حينئذ.

ولكنه مدفوع بأنه مهما كان يفرض الخيار أثر شرعي ثبوتا يشمله الدليل إثباتا ويصح فرض الأثر في المقام كالإسقاط والصلح ونحو ذلك. وعلى فرض كونه شرطا للصحة، فيصح الخيار أيضاً، لأن هذه الصحة صحة اقتضائية يصح جعل الخيار في موردها، ومع عدم القبض ينتفي أصل موضوع الخيار.

(١٥) لأنه المنساق من الأدلة عرفا.

(١٦) للإجماع، وأدلة الوفاء بالشرط، وصحيح مالك بن عطية عن سليمان ابن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل كان له أب مملوك وكانت لأبيه امرأة مكاتبة قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون ذلك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون الخيار عليه بعد ذلك. قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم»[(١)] وإطلاقه شامل لجميع الخيارات وإن كان مورده خيارا خاصا.

وأشكل عليه. أولا: بأن لزوم الشرط متوقف على لزوم العقد، فلو توقف لزوم العقد عليه فهو دور باطل.

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب المكاتبة ـ كتاب العتق ـ حديث: ١ ج :١٦.

ويسقط أيضاً بإسقاطه بعد العقد (١٧).

وثانيا: بأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فهو فاسد.

وثالثا: بأنه من إسقاط ما لم يجب، لأن الخيار لا يتحقق إلا بعد تمامية العقد فلا خيار قبلها حتى يسقط بالشرط.

والكل باطل. أما الأول: فلتعدد جهة التوقف، لأن لزوم العقد متوقف على الشرط ولزومه متوقف على أدلة وجوب الوفاء بالشرط، أو أن لزوم البيع فعلا متوقف على لزوم الشرط، ولزوم الشرط متوقف على اللزوم الاقتضائي للبيع فبأي وجه أمكن التفكيك بين الجهتين يرتفع الدور من البين.

وأما الثاني: فلأنه مخالف لإطلاقه فلا بأس به لا لمقتضى ذاته حتى يكون باطلا.

نعم، لو شرط عدم خيار المجلس في ذات البيع من حيث هو وكان ذلك بعنوان التشريع كان مخالفا له والمفروض عدمه ويأتي في الشروط بعض الكلام.

وأما الأخير ففيه. أولا: أنه يكفي اقتضاء الوجوب في صحة الإسقاط.

وثانيا: انه ان كان المراد إسقاطه في أثناء العقد قبل تمامه فالإشكال وارد وأما ان كان المراد إسقاطه بعد تمام العقد وثبوت الخيار فلا معنى لكونه مما لم يجب لفرض ثبوت الخيار حينئذ.

ثمَّ انه لا فرق بين أن يكون هذا الشرط بنحو شرط النتيجة أو شرط الفعل بأن لا يفسخ العقد أو بأن يسقط.

والكل صحيح لا بأس به وفي الأول يسقط حق الخيار رأسا، وأما في الأخيرين لو فسخ فلا ريب في الإثم ومقتضى المتعارف عدم تأثير الفسخ، لأنهم يرون مقتضى هذا الشرط سقوط أصل الحق أيضاً.

(١٧) للإجماع، ولأن لكل ذي حق إسقاط حقه، ولفحوى التعليل الوارد

(مسألة ٧): لو قال أحدهما لصاحبه اختر فإن ملّك حق خياره إليه يسقط خياره وان فوّض إعمال خياره إليه لا يسقط إلا بأعمال المفوض إليه وإن أراد استكشاف رأيه ونظره فالخيار باق ما لم يسقط بمسقط[١٨].

(مسألة ٨): لو أسقط أحدهما خياره لا يسقط خيار الآخر[١٩]، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر ينفسخ العقد[٢٠].

(مسألة ٩): لو شرط سقوط الخيار في بعض المدة دون بعضه ـ أولا أو آخرا أو وسطا ـ يصح الشرط[٢١] فيثبت في غير مورد السقوط

في الخيار بالتصرف وذلك: «رضى منه»[١] ولا ريب في كشف الاسقاط عن الرضا.

(١٨) أما الأول: فلفرض أنه نقل حقه الخياري إلى صاحبه فيسقط خياره لا محالة.

وأما الثاني: فلأنه فوّض حق إعمال خياره إلى صاحبه فما لم يعمل لا يسقط، للأصل.

وأما الأخير: فلأنه من مجرد استظهار نظر صاحبه ورأيه فلا يسقط الخيار إلا بتحقق إحدى المسقطات من افتراق أو نحوه.

ثمَّ ان أصل هذا الفرع وقع منهم تبعا للنبوي: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر»[٢] وحيث انه قاصر سندا ومجمل دلالة فلا بد من تطبيق الحكم على القاعدة ومقتضاها ما ذكر.

(١٩) للأصل بعد عدم التلازم بين سقوطه وسقوط الآخر بوجه من الوجوه.

(٢٠) لبقاء جواز العقد بعد فيصح لمن له حق الفسخ أعمال حقه.

(٢١) لإطلاقات أدلة الشروط.

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب الخيار حديث :١.

(٢) سنن أبي داود باب: ٥١ من أبواب البيوع حديث :٣٤٥٥.

مطلقا [٢٢].

(مسألة ١٠): لو اختلفا في تحقق الافتراق وعدمه يقدم قول منكره [٢٣]، ولو افترقا واختلفا في الفسخ قبله يقدم قول منكره أيضاً [٢٤]، ولو اتفقا على الفسخ واختلفا في أنه قبل الافتراق أو بعده يبقى ملكية كل منهما على ما انتقل إليه [٢٥].

(مسألة ١١): لو أكرها على عدم التفرق، فالخيار باق ما بقيا [٢٦].

(مسألة ١٢): لو أكرها على التفرق ومنعا عن التخاير يسقط الخيار فضلا عما إذا لم يمنعا عنه [٢٧].

---

(٢٢) لعموم دليل الخيار المنحل إلى جميع ما يمكن أن ينطبق عليه.

(٢٣) للأصل ما لم تكن امارة على خلافه.

(٢٤) لأصالة عدم تحقق الفسخ.

(٢٥) لأصالة بقاء الملكية بعد سقوط أصالة عدم الفسخ قبل الافتراق مع أصالة عدمه بعده بالمعارضة.

(٢٦) لفرض بقاء الموضوع، ويسقط بناء على المشهور لحكمهم بشمول أدلة الإكراه للمقام نفيا وإثباتا، ويأتي ما فيه.

(٢٧) لإطلاق قوله عليه السلام: «حتى يفترقا»[١] الشامل لهذا النحو من الافتراق أيضاً. ونسب إلى المعروف بين الأصحاب عدم السقوط، واستدل عليه.

تارة: بأن المنساق من قوله عليه السلام: «حتى يفترقا» انما هو الاختيار فلا يشمل الإكراه والإجبار.

وأخرى: بظهور الأدلة فيما إذا كان الافتراق كاشفا عن الرضا بالعقد ولا كشف كذلك في الافتراق الإكراهي والإجباري.

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الخيار حديث: ١.

و ثالثة: بحديث الرفع.

ورابعة: بالإجماع المنقول.

وخامسة: بصحيح فضيل: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»[١]

والكل مخدوش. أما الأول: فلأنه لا يعتبر في نسبة الفعل إلى الفاعل إلا قيامه به أو صدوره منه ولا يعتبر فيه كونه على وجه القصد والشعور فضلا عن كونه على وجه الاختيار في مقابل الإكراه فالأفعال.

منها: ما يعتبر فيه القصد، كالصلاة، والصوم، والحج، ونحوها.

ومنها: ما يتقوم بعدم القصد كالسهو والنسيان والغفلة.

ومنها: ما يتقوم بالاضطرار كالسقوط والعثرة ونحوهما فالاختلاف إنما هو من ناحية المادة، ولا دليل من عقل أو نقل على اعتبار الاختيار فيها لا من ناحية المادة. بنحو الكلية ولا من ناحية الهيئة كذلك.

وأما الثاني: فليس إلا مجرد الادعاء فأي منشأ لهذا الظهور هل الوضع أو الانصراف أو شيء آخر؟ والكل مفقود كما هو معلوم.

وأما الثالث: ففيه. أولا: انه من التوليديات التي لا معنى لجريان حديث الرفع فيه فهو مثل حدوث الحدث بالنسبة إلى بطلان الطهارة الحدثية وعروض الخبث بالنسبة إلى الطهارة الخبثية.

وثانيا: ان حديث الرفع بالنسبة إلى الإكراه والنسيان والاضطرار على حد سواء ولا يقولون ببقاء الخيار في الأخيرين مع جريان الحديث فيهما أيضاً وعدم فارق عرفي في البين وإن أمكن تصويره بالدقة العقلية التي ليست مناط الأحكام.

وثالثا: ان الافتراق غاية الخيار ولا فرق في حصول الغاية بين الإكراه والاختيار، كما إذا ورد مثلا تجب نفقة الزوجة حتى تموت فماتت بالإكراه أو الاضطرار أو نحوهما فالمناط في بقاء الخيار بقاء الهيئة الاجتماعية فمع زوالها

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الخيار حديث :٣.

(مسألة ١٣): يحصل الافتراق بحركة كل منهما إلى طرف، وبحركة أحدهما وبقاء الآخر في محله (٢٨).

لا خيار تكوينا.

وما عن بعض مشايخنا من أن كل ما كان وضعه تحت سلطة الشارع يكون رفعه أيضاً كذلك صحيح لو لم يكن المورد نظير التوليديات والتكوينيات وإلا فلا معنى لشمول الحديث له وقد استدركه بقوله رحمه الله: «ان مقام السبب والغاية غير مقتض للاختيارية المقابلة للاضطرار كما في التكاليف حتى يرفع بالاضطرار بقوله عليه السلام: «ما اضطروا إليه» ولا مقتض لاعتبار الطيب والرضا كالمعاملات حتى يرفع آثارها بعروض الإكراه».

وأما الرابع: فعهدة إثباته على مدعيه كما لا يخفى على من راجع المطولات مع قوة احتمال كونه مدركيا.

وأما الخامس: ففيه. أولا: احتمال أن يكون المراد به الرضا بأصل البيع الذي صدر أولا.

وثانيا: انه معارض بإطلاق قوله عليه السلام: «فمشيت خطا ليجب البيع»[١] فإن إطلاقه يشمل صورة الإكراه أيضاً بعد ما مر من عدم دليل على اعتبار الاختيار في الأفعال إلا ما دلت مادتها عليه بالقرائن المعتبرة.

(٢٨) لأن الافتراق من المتضايفين المتقوم بالطرفين وهو عبارة عن زوال هيئة الاجتماع ويحصل الزوال وجدانا بحركة كل منهما أو أحدهما مع بقاء الآخر هذا إذا لوحظ الافتراق بنحو اسم المصدر أي حصول الفرقة كما هو المطلوب في المقام.

وأما إذا لوحظ بنحو المصدر أي: حدوث فعل عرفي فالتفرق حاصل قهرا ولكن فعل التفرقة حصل من المتحرك وان جعلنا متعلق الحدوث أعم من

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب الخيار حديث: ٣.

(مسألة ١٤): لو أكره أحدهما على التفرق ومنع عن التخاير وبقي الآخر في المجلس ومنع من المصاحبة والتخاير يسقط الخيار [٢٩]، وكذا إن لم يمنع من المصاحبة [٣٠]، ومثله ما إذا أكره أحدهما على البقاء

الفعل العرفي والدقي العقلي أي إرادة السكون وعدم الحركة، فهو حاصل من الساكن أيضاً فقد صدر من كل منهما الفعل ولكن العرف لا يساعد على صدور الفعل بالنسبة إلى الساكن وعليه تنزل الأحكام الشرعية، وبذلك يمكن الجمع بين الكلمات فراجع المطولات.

(٢٩) لتحقق الافتراق الموجب للسقوط، وقد مر ان الافتراق يوجب السقوط بأي وجه تحقق ولكن بناء على المعروف من أنه لا أثر للافتراق عن إكراه يكون حكم هذه الصورة كما مر في المسألة السابقة في عدم السقوط عندهم وتقدم ما فيه فراجع.

(٣٠) لصدق تحقق الافتراق عرفا، وقد ذكرنا مرارا إنه يوجب السقوط بأي وجه تحقق.

ولكن في المسألة أقوال أربعة.

الأول: سقوط خيارهما كما نسب إلى جمع منهم المحقق والشهيد قدس سرّه والحق معهم، لأن المنساقَ من الأدلة أن صرف الوجود من الافتراق يسقط الخيار على الإطلاق.

الثاني: ثبوت الخيار لهما، لأن الافتراق عن اكراه لا أثر له في الإسقاط والمفروض عدم مسقط آخر في البين فلا بد من الثبوت.

وفيه: ما مرّ مرارا من عدم الفرق بين الإكراهي منه وغيره بعد تعلق الحكم على صرف وجوده بأي نحو تحقق.

الثالث: سقوط الخيار بالنسبة إلى المختار خاصة، لصدق أن التفرق حصل منه باختياره ويبقى بالنسبة إلى المكره، لما مر من الأدلة الدالة على انه لا أثر للتفرق عن إكراه.

ممنوعا عن التخاير وفارق الآخر اختيارا [٣١].

(مسألة ١٥): لو افترقا عن اكراه ثمَّ زال الإكـراه فـالخيار بـاق مـا لم

وفيه. أولا: إنه مبني على انحلال حق الخيار بالنسبة إلى الطرفين حتى في جهة التفرق أيضاً.

وثانيا: يبتني على انه لا أثر للتفرق عن اكراه، وتـقدم بـطلانه وإذا بـطل المبنى ولو من جهة واحدة سقط البناء.

الرابع: التفصيل بين بقاء المختار في المجلس فالثبوت لهما.

بدعوى: أن مجموع التفرّقين من حيث المجموع القائم بـتفرق المـجموع غاية لكل من الخيارين فاللازم بعد التخصيص بالاختياري عدم سقوط واحد من الخيارين.

وفيه. أولا: أن كون مجموع التفرقين غاية لكل من الخيارين مـن مـجرد الاحتمال والدعوى لأن المحتملات في التفرق أربعة:

منها: كونه ملحوظا بنحو العام الانحلالي فلكل واحد منهما خيار مستقل لا ربط له بالآخر ثبوتا وسقوطا.

ومنها: كونه بنحو العام المجموعي.

ومنها: كونه بنحو صرف الوجود.

ومنها: كونه بنحو المردد من حيث الترديد، والأخير باطل، لعـدم وجـود المردّد من حيث الترديد لا ذهنا ولا خارجا وكونه بنحو صرف الوجود مـعلوم قطعا وإثبات غيره يحتاج إلى دليل وهو مفقود وتطويل المقال بأكثر من ذلك مما لا يسعه المجال ومن أراد التفصيل فليراجـع حـاشية شيخنا الأسـتاذ المـحقق الغروي قدس سرّه فإنه أدى المطلب حقه جزاه الله تعالى عن الفقه والفقهاء خيرا.

(٣١) لجريان جميع ما تقدم فيه أيضاً حـرفا بـحرف فـلا وجـه للـتكرار والإعادة.

يسقط بإحدى المسقطات [٣٢].

(مسألة ١٦): يسقط هذا الخيار بالتصرف الكاشف عن الالتزام بالبيع [٣٣].

(مسألة ١٧): لو شرط بقاء خيار المجلس بعد الافتراق أيضاً يمكن القول بالصحة [٣٤].

---

(٣٢) للأصل والإطلاق بعد عدم الحكم للافتراق الحاصل عن الإكراه على المعروف، وأما بناء على ما قلناه من السقوط بمطلق الافتراق ولو كان عن اكراه فلا موضوع لهذه المسألة.

(٣٣) لأنه من المسقط الفعلي عرفا فلا وجه بعد ذلك لبقاء الخيار. إذ المسقط على قسمين قولي وفعلي هذا إذا أحرز كشفه عن الالتزام بالبيع. وأما مع عدم الكشف فالأصل بقاء الخيار فضلا عن الكشف عن العدم، فيمكن أن يجعل النزاع في السقوط بالتصرف وعدمه صغرويا فمن قال بالسقوط به أي فيما إذا كشف عن الالتزام بالبيع ومن قال بعدمه أي في غير هذه الصورة.

(٣٤) بدعوى ان هذا الشرط مخالف لإطلاق دليل خيار المجلس فلا يكون من الشرط المخالف للسنة حتى يكون باطلا كما مر في اشتراط أصل سقوطه، ومع الشك فالمرجع أصالة عدم المخالفة كما يأتي في محله ان شاء الله تعالى.

ومع المخالفة أيضاً يمكن أن يقال ببقاء الخيار، لأن الشرط ينحل إلى أمرين شرط الخيار وكونه خيار المجلس وبطلان الثاني لا يستلزم بطلان الأصل.

نعم، لو كان بنحو التقييد الدقي الحقيقي يبطل مع إحراز المخالفة وهو أول الكلام.

ثمَّ انه قد يقال بعدم ثبوت خيار المجلس فيما إذا اشترى الشخص من

ينعتق عليه، وفيما إذا اشترى العبد المسلم من الكافر، وفيما إذا اشترى العبد المأذون نفسه من مولاه، وفيما إذا لم يكن المبيع قابلا للبقاء كما إذا كان المبيع جمدا في الصيف في شدة الحر.

أما الأول: فلعدم صحة رجوع الحر عبدا وصيرورته مملوكا لمولاه الأول بعد الحرية وثبوت الخيار يستلزم ذلك. أي: يصير العبد الذي صار حرا رقا ثانيا وإلا فصيرورة الحر الأصلي رقا لا محذور فيه كما في استرقاق الحر مثلا.

وفيه: ان الخيار انما هو بالنسبة إلى رجوع العين مع الإمكان ورجوع المالية والقيمة مع عدم الإمكان فالخيار ثابت في المقام باعتبار أصل المالية وهي متحققة في القيمة.

وأما الثاني: فهو مبني على كون رجوع العبد المسلم إلى ملك الكافر مع حجره عن الاستيلاء عليه وجبره على البيع مع إسقاط الخيار مثلا سبيلا للكافر على المسلم وهو أول الدعوى وأصل المدعي وحينئذ فعموم دليل خيار المجلس محكم.

وأما الثالث: فوجه عدم الخيار انصراف دليله إلى ما إذا كان البائع والمشتري متعددا وجودا فقالوا انه لا يجري في المقام لهذه الجهة.

وفيه: ان الانصراف انما هو من باب الغالب فلا اعتبار به ويكفي التعدد الاعتباري العنواني كما في سائر الموارد وفي المقام يكون الخيار بالنسبة إلى القيمة لو اشترى نفسه وصار حرا.

وأما الأخير: فلا دليل عليه إلا دعوى الانصراف.

وهو مخدوش كما تقدم.

وفيه: انه مع البقاء يكون الخيار في رد العين ومع التلف في رد القيمة فثبوت الخيار في جميع تلك الموارد الأربعة مطابق للعموم والإطلاق مع عدم محذور في البين، وحيث ان هذه المسائل نادرة الابتلاء فلا وجه للتفصيل بأكثر من ذلك.

الثاني: خيار الحيوان (٣٥) **فمن اشترى حيوانا ـ إنسانا أو غيره ـ يثبت له الخيار إلى ثلاثة أيام** (٣٦).

(مسألة ١): يثبت هذا الخيار في كل حيوان يطلب حياته حتى مثل الزنبور، والسمك، والعلق، ودود القز (٣٧) **و أما ما لا يطلب منه الحياة كالسمك المخرج من الماء، والجراد المحرز في الإناء، والصيد المشرف على الموت والفناء فليس فيها خيار الحيوان** (٣٨).

---

(٣٥) إجماعا في الجملة، ونصوصا تأتي الإشارة إليها.

(٣٦) على المشهور المدعي عليه الإجماع. ولنصوص مستفيضة منها قول أبي الحسن الرضاعليه السلام: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري»[1] وصحيح فضيل عن الصادقعليه السلام: «قلت له ما الشرط في الحيوان؟ قالعليه السلام: ثلاثة أيام للمشتري»[2] وصحيح ابن رئاب[3] قال: «سألت أبا عبد اللهعليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار، للمشتري أو للبائع أولهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء»، وصحيح الحلبي عن أبي عبد اللهعليه السلام قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط»[4] إلى غير ذلك من الأخبار التي ذكر فيها لفظ «المشتري».

(٣٧) لإطلاق النص والفتوى الشامل الجميع.

(٣٨) لانصراف أدلة خيار الحيوان عن مثلها بل ومع الشك في المشمول لا

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الخيار حديث: ٥.
(٢) و (٣) الوسائل باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٥ و ٩.
(٤) الوسائل باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ١.

(مسألة ٢): يختص هذا الخيار ببيع الحيوان الشخصي فلا يجري في الكلي (٣٩).

(مسألة ٣): يثبت هذا الخيار للبائع إذا كان الثمن هو

يصح التمسك بها، لأنه من التمسك بالدليل في الموضوع المشتبه فيكون المرجع أصالة اللزوم، واستصحاب خيار المجلس لا يثبت مطلق الخيار كما هو واضح، لأنه يثبت الخيار من جهة خاصة مغيى بالافتراق لا من كل جهة.

(٣٩) لأن المتعارف في بيع الحيوان في جميع الأزمنة والأمكنة هو الشخصي منه ولم نعهد ولا سمعناه ولا رأينا في مورد بيع الكلي منه والأدلة منزلة على المتعارف وهذه قرينة على تقييد الإطلاقات وتخصيص العمومات فتجري أصالة اللزوم في مورد الشك.

وأما ما يقال: في وجه الاختصاص بالشخصي من أن الحكمة فيه انما هو النظر والتأمل في خصوصيات الحيوان وهو مختص بالشخصي ولا يشمل الكلي.

أو يقال: في وجه التعميم من أن ذكره في سياق خيار المجلس[1] يدل عليه لعدم اختصاص خيار المجلس بالعين الشخصي بل يجري في الكلي أيضاً فلا بد وان يكون خيار الحيوان أيضاً كذلك.

مخدوش: لأن الحكمة لا اطراد فيها كما هو المعلوم ووحدة السياق شاهد لو لم تكن على الخلاف، والمتعارف المعتاد من القرينة عليه.

---

(١) راجع الوسائل باب: ٣، ١ من أبواب الخيار حديث: ٣٦٣١.

الحيوان [٤٠].

---

(٤٠) الأقوال في هذه المسألة ثلاثة.

أحدها: ما نسب إلى المشهور من اختصاص خيار الحيوان بالمشتري سواء كان الثمن أيضاً حيوانا أو لا، لما تقدم من الأخبار الظاهرة في ذلك.

ثانيها: ثبوته لكل من البائع والمشتري نسب ذلك إلى السيد المرتضى رحمه الله، لصحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»[١]

ثالثها: اختصاص الخيار بمن انتقل اليه الحيوان ثمنا كان أو مثمنا لقول أبي جعفر عليه السلام: «صاحب الحيوان ثلاث»[٢] بناء على أن المراد الصاحب الفعلي دون الأصلي، إذ لا يمكن أن يكون الخيار للمنتقل عنه دون المنقل إليه إجماعا.

والبحث في المسألة.

تارة: بحسب الأصل.

وأخرى: بحسب الأدلة الخاصة.

وثالثة: بحسب الكلمات.

أما الأولى: فالمرجع عند الشك في الخيار مطلقا هو أصالة اللزوم التي أثبتناها بالأصل اللفظي والعملي بل جعلناها من الأصول النظامية العقلائية ولا وجه لاستصحاب بقاء خيار المجلس لاختلاف أنواع الخيار عرفا وشرعا فباستصحاب أحدها لا يثبت الآخر فيكون مثل ما إذا استصحب بقاء الإنسان في

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب الخيار حديث :٣.
(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب الخيار حديث :٦.

الدار لإثبات بقاء الفرس فيها وهو باطل بلا اشكال.

وكذا ليس لنا التمسك بعدم الخيار بعد التفرق بقوله عليه السلام، «فاذا افترقا وجب البيع»[1] لأن هذا الوجوب من جهة واحدة لا من جميع الجهات كما هو معلوم.

نعم، لو أريد إثبات ذات الخيار بلا عنوان أبدا لصح التمسك بالاستصحاب حينئذ وقد فصل ذلك في الأصول.

أما الثانية: فمجموع الأخبار أقسام أربعة.

منها: خمسة أخبار مشتملة على لفظ «للمشتري» كصحيحي الحلبي وصحيح فضيل وصحيحي ابن أسباط[2] وابن رئاب[3] وعن ابن رئاب في صحيح آخر عبر بلفظ: «الخيار لمن اشترى»[4] فيصير المجموع ستة أخبار ظاهرة في الاختصاص بالمشتري، لما ثبت في محله من ظهور كلمة «اللام» في الاختصاص ويظهر ذلك من موارد استعمالاتها في القرآن الكريم وسائر الكلمات الفصيحة فيكون لفظ «للمشتري» ظاهرا ظهورا عرفيا محاوريا في الاختصاص بالمشتري ولا يصرف عنه إلا بدليل أقوى على الخلاف غير قابل للحمل على وجه صحيح.

ومنها: صحيح ابن مسلم عن الصادق عليه السلام: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»[5]

ومنها: صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سمعته يقول: قال

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الخيار حديث: ٤.
(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٨٥٤١.
(٣) الوسائل باب: ٤ من أبواب الخيار حديث: ٣١.
(٤) الوسائل باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٩.
(٥) الوسائل باب: ٣ من أبواب الخيار حديث: ٣، ٦، ٢.

رسول اللهﷺ البيعان بالخيار وصاحب الحيوان ثلاث»[١] ومثله صحيح ابن مسلم[٢]

ومنها: قول أبي الحسن الرضاعليه السلام في خبر ابن فضال: «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام»[٣] بناء على قراءة المشترى بالبناء على المفعول وكون المراد الصاحب السابق على البيع.

وأما بناء على قراءته بالبناء على الفاعل فيكون من القسم الأول.

وأشكل على ذلك.

تارة: بأنه من مفهوم اللقب أو الوصف غير المعتمد على الموصوف ولا مفهوم لهما كما ثبت في محله.

وأخرى: بأن مجموع الأخبار ليس من التعارض في شيء حتى يقدم بعضها على بعض.

وثالثة: بأن قولهعليه السلام: «للمشتري» بمنزلة الغاية يعني أن لأجل المشتري جعل الخيار لكل منهما.

ورابعة: بإجماع الانتصار على التعميم فلا وجه للاختصاص بالمشتري.

وخامسة: بأن ذكر المشتري من الغالب ولا أثر للقيد الغالبي.

والكل باطل.

أما الأول: فلا نتمسك بالمفهوم أبدا لا لقبه ولا وصفه، بل نتمسك بظهور اللفظ على ما قلنا.

وأما الثاني: فإنا نقول ان الأخبار المتقدمة مع الأخبار المشتملة على قوله عليه السّلام: «للمشتري» من قبيل النص والظاهر، أو الأظهر والظاهر ولا ريب في تقديم النص على الظاهر والأظهر عليه فقولهعليه السلام: «للمشتري» اما نص أو أظهر فلا بد من رفع اليد عن ظاهر سائر الأخبار وحملها على ما يصح الحمل

(١) و (٣) الوسائل باب: ٣ من أبواب الخيار حديث :٢.
(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب الخيار حديث :١.

(مسألة ٤): مبدأ هذا الخيار من حين العقد[٤١] **إلى انقضاء ثلاثة**

عليه.

وأما الثالث: فهو ثبوتا احتمال حسن ولكنه خلاف الظاهر ويحتاج إلى دليل يدل عليه.

وأما الرابع: فلا ريب في سقوطه لفتوى أعاظم المتقدمين والمتأخرين على خلافه.

وأما الخامس: فهو من مجرد الادعاء بل لا دليل يدل عليه فما هو المشهور هو المتعين.

وأما الثالثة: أي البحث في المسألة من حيث الكلمات فالحق عدم إجماع معتبر في البين لا على الاختصاص بالمشتري ولا على التعميم.

نعم، نسب إلى الشهرة القدمائية الاختصاص، وعن السيد وجمع من المتأخرين منهم الشهيد الثاني التعميم ومن تتبع الكلمات في المطولات يجد ان المسألة اجتهادية لا أن تكون قد ظفر قد ماؤنا على ما لم نظفر عليه.

(٤١) لأنه المتفاهم من الأدلة عرفا، ونسب إلى ابن زهرة انه من حين التفرق، وإلى الشيخ والحلي في خيار الشرط المتحد مع هذا الخيار بحسب أدلتهم.

واستدل على ذلك.

تارة: بأن الخيار إنما يثبت فيما إذا لزم العقد ولا لزوم قبل التفرق.

وأخرى: بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء الثلاثة من حين العقد، وأصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس.

وثالثة: بلزوم اجتماع السببين على سبب واحد ان قلنا بأنه من حين العقد.

ورابعة: بأن تلف الحيوان في الثلاثة من البائع لما يأتي من ان التلف في

أيام والليلتان المتوسطتان داخلتان (٤٢).

زمن الخيار ممن لا خيار له، مع ان التلف في الخيار المشترك من المشتري وخيار المجلس مشترك بينهما فيلزم أن يكون تلف الحيوان فيه من المشتري وهو خلاف إطلاق قولهم: «ان تلف الحيوان في الثلاثة من البائع» فيجب أن يقيد الثلاثة ببعد التفرق هذه أدلتهم قدس سرّه.

والكل مخدوش.

أما الأول: فيكفي في اللزوم المعتبر في صحة الخيار اللزوم الاقتضائي والجهتي لا اللزوم من كل حيثية وجهة مطلقا، مع إنا قد أسلفنا صحة الخيار في العقود الجائزة.

وأما الثاني: فلا ريب في ان الأصلين لا مورد لهما مع إطلاق الدليل حكومة أو ورودا.

وأما الثالث: فلا بأس به إن كان الاجتماع من جهتين في التكوينيات فضلا عن الاعتباريات.

وأما الأخير: فبأنه محمول على الغالب من كون التلف بعد التفرق عن المجلس، مع أن كون التلف في الخيار المشترك من المشتري قابل التخصيص بما دل على أن التلف في الثلاثة من البائع لانفساخ البيع ورجوع المبيع إلى البائع والتلف في ملكه لقوة أدلة ما دل على أن تلف الحيوان في الثلاثة من البائع.

(٤٢) لأن اليوم وإن كان عبارة عن بياض النهار لغة وعرفا وشرعا والليل خارج عن مفهومه لكنه قد يلحق باليوم ابتداء أو انتهاء أو في الأثناء لجهات خارجية تقتضي الإلحاق ومن تلك الجهات في المقام حيثية الاستمرار المستفاد من الأدلة الظاهرة في ان الخيار مستمر من حين صدور العقد إلى انقضاء هذا المقدار من الزمان.

(مسألة ٥): يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في العقد وإسقاطه بعده[٤٣]**، ويسقط أيضاً بتصرف المشتري في الحيوان تصرفا يكشف عن الالتزام بالبيع**[٤٤]**.**

ومنه يظهر صحة التلفيق أيضاً من جهة ظهور استفادة الاستمرار الزماني من مثل هذه التعبيرات كما مر في أيام الحيض والإقامة ويأتي في العدد.

ويمكن أن يجعل هذا النزاع لفظيا فمن استظهر من الأدلة الاستمرار ولو بالقرائن لا بد له من الحكم بدخول الليل وصحة التلفيق. ومن جمد على خصوص بياض اليوم لا بد له من القول بالإلحاق الحكمي ولكنه من الجمود بلا وجه كما لا يخفى على الأذواق السليمة فما أفرط في الجواهر من أن الدخول حكمي لا موضوعي جمودا على بياض اليوم ويا ليته تعدي الى الاستمرار الذي هو من سنخ اللوازم العرفية لمثل هذه التعبيرات.

(٤٣) لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط وتقدم التفصيل في خيار المجلس فراجع.

(٤٤) للإجماع، والنصوص، وبناء العقلاء حيث لا يفرقون في إسقاط الخيار بين القولي منه والفعلي، والفعل الذي يكشف عن الالتزام بالبيع التزام فعلي وهو معتبر كالقولي منه، وفي صحيح ابن رئاب: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال عليه السّلام: ان لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»[١] وفي صحيح الصفار: «إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء ان شاء الله»[٢] ولفظ التصرف لم يرد في خبر من الأخبار، وما ورد فيها إنما: «أحدث فيها» ولا بد من تحليل هذا اللفظ بحسب العرف ثمَّ الحكم على طبقه فنقول إحداث الحدث يحتمل فيه وجوه.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب الخيار حديث :١، ٢.

الأول: احداث مطلق الحدث بالدقة العقلية كمطلق وضع اليد والنظر ونحوه.

وبعبارة أخرى: أي فعل ما كان مسبوقا بالعدم بمطلق معنى الفعلية عمدا كان أو سهوا، أو اختيارا، أو كرها، أو اضطرارا. وهذا المعنى مقطوع بفساده وإلا لكان أصل تشريع الخيار لغوا.

الثاني: الأحداث المتعارفة العرفية مع عدم الالتفات إلى مالكيته الجديدة الفعلية أما بناء عليه أو لأجل الغفلة ونحوها، ومقتضى استصحاب بقاء الخيار عدم سقوطه بمثل هذه الأحداث بعد الشك في شمول الدليل له وإباء العرف عن الحكم بكون مثل هذه التصرفات مسقطا مطلقا.

الثالث: الأحداث المتعارفة مع البناء على كونه في ملكه الجديد وتصرفا فيه كما في سائر أملاكه فينظر إلى الجارية كنظره إلى سائر جواريه، ويأخذ حافر الدابة لإصلاح ملكه وماله، وكذا في نعلها وركوبها ونحو ذلك مما هو شائع بين أرباب الدواب والعرف يحكم بأن هذا التزام بالبيع وهذا هو المتيقن من الأدلة الشرعية أيضاً.

الرابع: أن يشك انه من القسم الثاني أو الثالث ومقتضى الأصل بقاء الخيار.

الخامس: أن يكون مطلق التصرف مسقطا تعبديا سواء كان بعنوان الرضا والالتزام بالبيع أولا.

وفيه: ان مقتضى الأصل عدمه مع كونه خلاف سياق الأخبار فإن معنى إحداث الحدث إحداث عمل جديد لم يكن له ذلك قبل العقد بل لا بد وان يكون من تصرف الملاك في أملاكهم والانتفاع بملكهم كما في قوله عليه السلام: «أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»[1] وقوله: «ركب ظهرها فراسخ» وكذا النعل وأخذ الحافر أيضاً، إذ الناس لا يقدمون عليها إلا بعد الرضا بالبيع

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب الخيار حديث :١.

والالتزام به فيكون ذلك نحوا من تنظيم ملكهم الجديد وتنظيفه والاهتمام والاعتناء به.

ثمَّ ان الشك في كون مطلق التصرف مسقطا يكفي في عدم السقوط كما مر وقد تعرض شيخنا الأنصاري رحمه الله لبيان ان التصرف هل يعتبر من حيث الكشف الشخصي أو النوعي وعلى كل منهما هل هو من حيث الالتزام بالبيع أو من حيث الرضا به وفصل القول في ذلك، وعن بعض مشايخنا قدس سرّه تفصيل القول في تعليقته الشريفة والظاهر سقوط ذلك كله، لأنه بعد كون الموضوع عرفيا لا بد من الرجوع إليه في تشخيصه وإذا راجعنا وجداننا والمتعارف بين الناس نرى انه معتبر من حيث الظهور النوعي عن الالتزام بالبيع فيكون معتبرا كسائر الظواهر القولية والفعلية فلا موضوعية في التصرف بوجه وإنما هو طريق لحصول ما يعتبر في لزوم البيع عند الناس من صدق الالتزام به عرفا.

ثمَّ ان شيخنا الأنصاري رحمه الله أحتمل في قوله عليه السلام: «فذلك رضا منه»[١] المذكور في صحيح ابن رئاب وجوها أربعة.

الأول: كونه جوابا لقوله عليه السلام: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الأيام» فيكون حكما شرعيا تعبديا.

الثاني: كونه حكمة للحكم الثابت.

الثالث: كونه علة بحسب النوع.

الرابع: كونه علة شخصية لا نوعية ولا من الحكمة.

وفيه: **أولا**: أن الوجوه أكثر من ذلك، إذ يمكن أن يكون قوله عليه السلام: «فذلك رضا منه» توطئة للجواب لا أن يكون نفسه فيصير المعنى فذلك رضا لا خيار له، كما في قولك إذا جاءك زيد فهو عالم أكرمه، وعلى فرض كونه توطئة يتصور فيه وجوه أيضاً الحكمة والعلية النوعية والشخصية.

وثانيا: أن هذه الوجوه لا بأس بها بحسب مقام الثبوت والدقة العقلية.

---

(١) تقدم في صفحة :١٠٦.

و أما بحسب الأذهان العرفية والمتفاهمات المحاورية في العقود والمعاملات الدائرة بين الناس انما هو اعتبار التصرف من حيث الكشف عن الرضا، والالتزام بالعقد والمعاملة وهذا هو مراد الامامعليه السلام لأنهم من أهل المحاورة وتكلماتهم تكون بها ولها فتكون دلالة التصرف في المقام بالنسبة إلى الكشف عن الرضا كدلالة الألفاظ بالنسبة إلى الكشف عن المعنى، بمعنى أنه لو خلى التصرف وطبعها لكشف عن الالتزام بالعقد ولا فرق بين الإجازة القولية والفعلية التي يعبر عنها بالتصرف في هذه الجهة، ويستفيد أهل المحاورة من هذا القسم من التصرف الرضا الالتزام الشخصي بالعقد أيضاً كما في سائر الموارد، ولذا لو وقع تخاصم في البين يحتاج إثبات دعوى عدم الرضا إلى إقامة الحجة عليه من بينة أو حلف مما يقطع به الخصومة.

ودعوى شيخنا الأنصاري ان المستفاد من تتبع الفتاوى الإجماع على عدم اناطة الحكم بالرضا الفعلي فيه.

أولا: انه لا اعتبار بمثل هذا الإجماع مع معلومية ان مدركه الاجتهاد فيما بأيدينا من النصوص.

وثانيا: ان الرضا الفعلي على قسمين.

الأول: الفعلي الالتفاتي التفصيلي من كل جهة.

الثاني: الإجمالي، والثاني لا ينفك عن الرضا النوعي وما هو مقتضى طبع التصرف وهو يكفي ذلك بين الأنام وبه يقام النظام وعليه المدار في جملة من الأمور في شرع الإسلام.

وبذلك يمكن أن يجعل النزاع لفظيا بين الفقهاء العظام فمن يقول بأنه مسقط تعبدا أي لأجل كشفه الطبيعي عن الرضا كما تعبدنا الشارع بالبينة لأجل ذلك ومن يقول بأنه لأجل كشفه النوعي عن الرضا فلا ينافي ذلك أيضاً فيصير حكم الشرع تقريرا لبناء العقلاء ومن يقول بأنه لأجل الرضا الشخصي عنه فالمراد به الإجمالي الارتكازي ولا ريب في إمكان جمعه مع الأولين.

(مسألة ٦): لو تلف الحيوان في زمن الخيار كان من مـال البـائع [٤٥] فيبطل البيع ويرجع إليه المشتري بالثمن إذا دفعه إليه [٤٦].

(مسألة ٧): العيب الحادث في الثلاثة من غير تفريط من المشتري، لا

وأما ما في خبر عبد الله بن الحسن عن الصادقعليه السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله في رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط قال: يستحلف بالله ما رضيه ثمَّ هو بريئ من الضمان»[١] فلا ربط له بـالمقام، إذ المنساق منه انهما تنازعا في الرضا بالبيع وعدمه فيجري عليه حينئذ مـوازيـن القضاء، وكذا صحيح الحلبي عن أبي عبد اللهعليه السلام: «في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثمَّ ردها، فقال: ان كان في تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها رد معها ثلاثة أمداد وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء»[٢] فإن ظاهره ان الرد كان بعد ثلاثة أيام فلعله كان لأجل الإقالة أو خيار آخر مع انه مخالف لما يأتي من كون نماء المبيع في زمن الخيار للمشتري فلا بد من التصرف فيه على أي حال.

(٤٥) للنص، والإجماع ففي صحيح ابن سنان قال: «سألت أبا عبد اللهعليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري شرط البائع أو لم يشترطه»[٣] ومـثله غـيره، ويدل عليه أيضاً القاعدة المعروفة: «التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له» على ما يأتي تفصيله.

(٤٦) لأن معنى كون التلف من البائع انفساخ البيع وصيرورة المبيع ملكا له فتلف في ملكه إذ لا وجه لكونه ملكا للمشتري مع ذلك كان التلف من البائع.

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الخيار حديث: ٤.
(٢) الوسائل باب: ١٣ من أبواب الخيار حديث: ١.
(٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب الخيار حديث: ٣٢.

يمنع عن الفسخ والرد [٤٧]، وإن كان مع التفريط فالضمان عليه [٤٨].

(مسألة ٨): لا فرق في التصرف المسقط للخيار بين ما كان بمباشرة المشتري أو بتوكيله [٤٩]، ولو اختلفا في التصرف وعدمه فالخيار باق [٥٠].

(مسألة ٩): يختص خيار الحيوان بخصوص البيع ولا يثبت في غيره من المعاوضات [٥١] و يثبت لو كان المبيع بعض الحيوان [٥٢]، ولو كان المبيع حيوانا وغيره يثبت خيار الحيوان بالنسبة إليه دون غيره [٥٣].

الثالث: خيار الشرط أي: الثابت بالاشتراط في ضمن العقد [٥٤]

---

(٤٧) للإجماع، ولما مر من صحيح ابن سنان.

(٤٨) لقاعدة اليد بعد قصور الدليل عن الشمول لصورة التفريط.

(٤٩) لكونه في الصورتين دالا على الرضا بالبيع والالتزام به.

(٥٠) لأصالة عدم التصرف وبقاء الخيار.

(٥١) لأصالة اللزوم بعد اختصاص الأدلة بخصوص البيع.

(٥٢) للإطلاق وعدم ما يصلح للتخصيص إلا الانصراف وهو بدوي.

(٥٣) لشمول إطلاق الأدلة لهذه الصورة أيضاً.

نعم، للبائع خيار تبعّض الصفقة لو فسخ المشتري في الحيوان.

(٥٤) للحديث المتواتر بين المسلمين: «المؤمنون عند شروطهم»[١] مضافا إلى إجماع الإمامية بل المسلمين ويستعمل الشرط فيما قلناه وخيار الاشتراط في خيار تخلف الشرط كما يأتي.

وليس شرط الخيار بالنسبة إلى العقد مخالفا للكتاب والسنة من حيث أصالة اللزوم الثابتة بالكتاب في كل عقد لأن هذا اللزوم لا اقتضائي لا ينافي

---

(١) الوافي ج: ١٢ صفحة: ٨٠ حديث: ١٧ باب :٨٦.

و يجوز جعله لهما، أو لأحدهما، ولا يتقدر بمدة معينة بل هو بحسب ما اشترطاه قلة أو كثرة (٥٥) و لا بد من كونها مضبوطة من حيث المقدار ومن حيث الاتصال والانفصال (٥٦).

نعم، لو ذكرت مدة معينة كشهر مثلا وأطلقت تتصل بالعقد (٥٧).

ثبوت الخيار بالشرط.

نعم، لو كان اللزوم اقتضائيا يخالف الشرط حينئذ ولا يقول أحد بالصحة معه.

كما انه لا وجه للإشكال بأنه قد يلزم اجتماع خيارات في البيع كالمجلس والحيوان والشرط وغيرها فإنه لا محذور فيه من عقل أو شرع كما تقدم.

(٥٥) كل ذلك لإطلاق الأدلة، وإجماع فقهاء الملة، ويجوز التعاقب بأن يجعل الخيار يوما دون يوم في شهر أو في سنة مثلا لشمول الإطلاق له.

(٥٦) لأنه مع الجهالة يصير العقد غرريا فيبطل من أصله وينتفي موضوع الشرط، لبطلان العقود الغررية بالإجماع من الفقهاء، بل العقلاء المواظبين على عهودهم وعقودهم والمعتنين بمعاملاتهم.

نعم، لو فرض كون الغرر قابلا للمسامحة عند نوع الناس بحيث لا ينجر إلى النزاع واللجاج أبدا يمكن أن يقال باغتفاره حينئذ إن كان بحيث لا يصدق الغرر.

ثمَّ ان احتمال أن جهالة هذا الشرط يوجب بطلان البيع لا وجه له لأن الشرط الذي يوجب بطلانه بطلان العقد ما إذا كان من الالتزام في الالتزام لا من القيد في أصل الملتزم والأول لا يجب بطلان أصل العقد بخلاف الأخير كما يأتي في محله إن شاء الله تعالى.

(٥٧) لأنه المنساق من مثل هذا التعبير في المحاورات العرفية فتشمله الإطلاقات لا محالة.

(مسألة ١): يجوز جعل الخيار للأجنبي (٥٨) و لا بـد فـيه أيـضاً مـن

ثمَّ إنه نسب إلى جمع انه قال: «لو بعتك على أن يكون لي الخيار» تحديده بثلاثة أيام، للإجماع، ولوجود أخبار الفرقة فيكون ذلك تحديدا شرعيا كما فـي سائر الموارد التي وردت فيها تـحديدات شـرعية كـخيار المـجلس والحـيوان ونحوهما.

ولكن الإجماع مخدوش جدا، ولم نظفر من أخبارهم على خبر حتى نرى سنده ودلالته فالجهالة باقية والغرر ثابت فـالبطلان مـتعين وطـريق الاحـتياط التراضي على ثلاثة أيام في ذكر المدة المجهولة.

وأما ما في كتب العامة: ان حنان بن منقذ كان يخدع في البيع فقال له النبي صلّى الله عليه وآله: «إذا أنت بايعت فقل لا خلابة ثمَّ أنت في كل سلعة ابـتعتها بالخيار ثلاث ليال»[١] وفي خبر آخر: «جـعل له الخـيار ثـلاثا»[٢] والخـلابة: الخديعة.

ولكن السند قاصر كالدلالة فلا وجه للاعتماد عليه.

(٥٨) للأصل، والإطلاق، والاتفاق. وأشكل عليه.

تارة: بأن الخيار قائم بمن كانت الملكية له ويكون زمام المال بيده فيترتب عليه كون زمام العقد في اختياره أيضاً.

وأخرى: بأنه من شؤون السلطة على الالتزام ومن فروعه والأجنبي بمعزل عن كل منهما.

وفيه: ان ذلك حق لا ريب فيه ولكن ان كان إعطاء الحق للأجنبي مـمن يقوم به الخيار واقعا وحقيقة فلا بأس به بعد كون الحق قـابلا للـنقل والانـتقال فيصح في المقام وجوه ثلاثة: كونه من نقل الحق. وكونه توكيلا في إنفاذه، وكونه برزخا بينهما ولا مانع في كل من هذه الوجوه ثبوتا ولا إثباتا كما هو معلوم.

---

(١) و (٢) شرح المغني لابن قدامة ج: ٤ صفحة: ٧٠ ط: بيروت.

تعيين المدة و تعيين الطرف [٥٩]، ولو جعل له الخيار يجوز له الفسخ والإمضاء وإسقاط الخيار [٦٠].

(مسألة ٢): ليس للجاعل الفسخ، والإمضاء، وإسقاط الخيار [٦١] إلا إذا كان الجعل بعنوان التوكيل، أو بمعنى جعل خيار له في عرض خيار

ثمَّ ان الجعل إما لواحد، أو للمتعدد من حيث الطبيعة، أو من حيث المجموع، أو من حيث الاستغراق وحكم الأول من حيث الفسخ أو الإمضاء معلوم، وكذا الثاني لتحقق الطبيعة بصرف الوجود. فكل من بادر منهم إلى العمل بالخيار فسخا أو إمضاء يمضي ما فعله ولا وجه لبقاء الخيار بعد ذلك، وحكم الثالث كالأول، إذ المجموع من حيث المجموع كالواحد فمع الاتفاق يمضي فسخا أو إمضاء ومع الاختلاف يبقى الخيار.

وأما الأخير: فمع الاتفاق فسخا أو إمضاء حكمه معلوم ومع الاختلاف فسخا وإمضاء يكون من مسألة تقديم الفاسخ على المجيز ويأتي تفصيله.

وهناك أقسام أخر لا وجه للتعرض لها إذ ليست إلا من الفروض العقلية التي لا خارجية لها ومن شاء العثور عليها فليرجع إلى حواشي شيخنا الأستاذ المحقق الغروي رحمه الله على المكاسب.

والظاهر أن المقام من سنخ الإيقاعات التي لا تحتاج إلى القبول.

نعم، يكون الرد مانعا لا أن يكون القبول شرطا وطريق الاحتياط في قبوله أيضاً.

(٥٩) لتحقق الغرر مع عدمه فيصير البيع غرريا فيبطل كما مر.

(٦٠) إذ لا معنى لجعل الخيار عرفا له إلا ذلك.

(٦١) إذ لا حق له بعد فرض انه فوض حقه إلى الغير.

نفسه [٦٢]، ولا يلزم على المجعول له مراعاة المصلحة [٦٣].

(مسألة ٣): لو بادر الموكل ـ في صورة التوكيل في الخيار ـ فسخا أو إنفاذا يصح ولا يبقى موضوع لخيار الوكيل [٦٤]، ولو بادر الوكيل إلى ذلك ثمَّ خالفه الأصيل يمكن تقديم رأيه [٦٥].

(مسألة ٤): يجوز أن يشترط لأحدهما أولهما الخيار بعد الاستيمار والاستشارة بأن يشاور مع ثالث في أمر العقد فكل ما رأى من الصلاح إبقاء للعقد أو فسخا يتبعه[٦٦] و لا بد من تعيين المدة فيه أيضاً [٦٧]و ليس

---

(٦٢) فله إعمال الخيار حينئذ لفرض عدم سقوط حقه في الصورتين.

(٦٣) للأصل، وإطلاق الجعل إلا إذا كانت في البين قرائن معتبرة دالة على لزوم مراعاتها عرفا.

(٦٤) لفرض كونه الأصيل والوكيل متفرع عليه.

(٦٥) لأن الحق له بالأصالة.

(٦٦) للأصل، والإطلاق، والاتفاق.

(٦٧) لئلا يتدخل الغرر فيبطل أصل البيع كما مر.

ثمَّ انه. تارة: يراد من الاستيمار شرط الخيار للأجنبي مقيدا بأن لا يباشر إعماله بل يأمر العاقد بالإعمال.

وأخرى: يكون الخيار لنفسه مشروطا بأن لا يصدر إلا عن رأي الأجنبي وأمره.

وثالثة: يراد اشتراط حدوث الخيار لنفسه عند أمر الأجنبي فيكون أصل الخيار معلقا لا إعماله.

ورابعة: يراد من ذلك حدوث حق الفسخ فقط عند أمره به لا شيء آخر.

للمشروط له الفسخ قبل أمر ذلك الثالث [٦٨]، ولا يجب عليه لو أمره بالفسخ بل يجوز له ذلك فان شاء فسخ وإن شاء ترك [٦٩].

ثمَّ ان الاستيمار قد يكون من الحق للعاقد على المستأمر (بالفتح)و قد يكون بالعكس وحيث لا دليل بالخصوص في المقام من نص أو إجماع لابد من تطبيقها على القواعد العامة مع ندرة الابتلاء بجملة من الصور التي ربما تبلغ العشرين.

(٦٨) لعدم استيلاء له عليه على كل تقدير من التصاوير الأربعة المتقدمة، كما يدل عليه المتفاهم العرفي من الاستيمار أيضاً وهو الانبعاث عن أمر الغير ورأيه تكليفا ووضعا فلا أثر لإعمال الخيار قبل ذلك اتفاقا واعتبارا لأنه اقتضائي لا فعلي.

نعم، لو كان الاستيمار من مجرد إعمال التأدب الظاهري من دون اناطة الوضع والتكليف به أبدا يكون له ذلك وإن خالف الأدب ولكنه خلاف المفروض.

(٦٩) لأصالة عدم الوجوب، ولأن المناط وقوع الاستيمار خارجا وقد تحقق.

نعم، لو استفيد من القرائن إثبات حق تنفيذي له في ذلك قيدا أو شرطا وجب حينئذ، لأنه يصير على هذا كالآلة لانفاذ ما أمره به بخلاف ما إذا كان المقصود ثبوت الخيار تعليقا على رأيه ونظره فإنه لا خيار إلا بعد الاستيمار فلو شرط البائع على المشتري مثلا أن يكون له المهلة إلى ثلاثة أيام حتى يستشير من يريد من أهل الخبرة فان رأى الصلاح في البيع التزم به وإلا فلا يكون مرجعه حينئذ إلى تحقق الخيار ان لم ير ذلك الشخص الصلاح في هذا البيع وبعد تحقق الخيار يكون له الاختيار إن شاء فسخ وإن شاء التزم.

(مسألة ٥): يجري خيار الشرط في جميع العقود اللازمة (٧٠)**. إلا**

إن قيل: فعلى هذا يلزم بطلان الشرط لأجل التعليق.

يقال: ظاهرهم الإجماع على صحة هذا الشرط ولو مع هذا النحو من التعليق فيكون مستثنى مما دل على البطلان بالتعليق.

(٧٠) لإطلاق دليل الشرط الشامل للجميع، مضافا إلى ظهور الإجماع والاتفاق.

ثمَّ أن البحث في هذه المسألة من جهات.

الأولى: مقتضى أصالتي الإباحة والصحة جواز شرط الخيار في كل عقد وإيقاع إلا ما دل دليل بالخصوص على عدم جريانه فيه من عقد أو إيقاع، وكذا مقتضى أصالة الإطلاق فنطابق الأصلان على الصحة والجواز في جميع العقود والعهود والإيقاعات إلا ما خرج بالدليل، ويشهد له الاعتبار أيضاً وهو كون العقود والإيقاعات تحت اختيار المنشئ من جميع جهاتهما التي يكون له فيها الصلاح بأي جهة شاء وأراد إلا ما نهى عنه الشرع، لأن العرف يرى أن السلطنة الابقائية عين السلطنة الإيجادية إلا مع تحديد الخلاف من شرع أو عقل أو عرف بل شرط الخيار من شؤون السلطنة المطلقة فمقتضى إطلاق سلطنته صحة إيجاده له بأي نحو شاء وأراد.

الثانية: العقود على أقسام بحسب الشقوق العقلية:

الأول: علة تامة منحصرة للزوم بحيث لا يمكن حله إلا بما جعله الشارع سببا لذلك وان شئت فعبر عنه بالاقتضائي الحكمي وهو منحصر بالنكاح، ودليلهم عليه منحصر بالإجماع، ويشهد له استهجان شرط الخيار في النكاح عند المتشرعة بل مطلق العرف، وقد ذكر له شواهد أخرى ظاهرة الخدشة ومن شاء العثور عليها فليرجع إلى المفصلات كحاشية شيخنا الأستاذ المحقق

الغروي على المكاسب.

الثاني: كونه مقتضيا له مع كون جعل الخيار فيه منافيا لمفاده، كالرهن فإن جعل الخيار فيه من طرف الراهن مناف للاستيثاق من ناحيته فيكون من الشرط المنافي لمقتضى العقد.

وفيه: انه كذلك إن كان الاقتضاء من العلة التامة المنحصرة. وأما لو كان من مجرد الاقتضاء فأي مانع عن إسقاطه عن الفعلية برضا الطرفين، فلو تمَّ إجماع على العدم نتعبد به والا فمقتضى الأصل والإطلاق جواز اشتراطه فيه والظاهر عدم تحققه لأنهم يعللونه بمثل هذه التعليلات.

وعن جمع ان مثل الرهن في عدم دخول خيار الشرط فيه بيع الصرف، لكونه منافيا لمقتضاه أيضاً، لأن مقتضاه ان يتفرقا ولم يبق بينهما علقة ولو أثبتنا الخيار بقيت العلقة.

والمقدمة فاسدة والملازمة أفسد، إذ المقصود رفع علقة الملكية وما يثبت بالخيار مجرد الحق في الجملة ولا ربط لأحدهما بالآخر.

وتوهم: انه لا موضوع للخيار في عدم الصحة قبل القبض.

مدفوع: بأن متعلق الخيار انما هو العقد المقتضي للصحة لا الصحيح الفعلي من كل حيثية وجهة فحل العقد بالخيار قبل القبض شيء وبطلانه بالتفرق قبل القبض شيء آخر ولا ربط لأحدهما بالآخر.

ثمَّ إنه لو شك في أن شرط الخيار مناف لمقتضى العقد أو للكتاب والسنة فأصالة عدم المنافاة بالعدم الأزلي تجري ويصح الشرط في جميع الموارد المشكوكة، لأنه بجريان هذا الأصل ينقح موضوع العام فلا يكون حينئذ من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك ويأتي بعض الكلام في الشروط.

وأما الصلح فعن جمع دخول الخيار فيه، بل عن المهذب البارع الإجماع عليه، للإطلاق الشامل له، وعن جمع منهم الشيخ الأنصاري عدمه، للشك في

شمول الإطلاق له.

وفيه: انه ليس كل شك موجبا لسقوط الإطلاق وإلا لما ينتفع به أصلا وقد يعلل أيضاً بأنه شرع لقطع المنازعة وشرط الخيار إبقاء لها.

وفيه: ما لا يخفى فالحق جريانه فيه وإن كان خلاف الاحتياط خروجا عن مخالفة من خالف.

وأما الوقف، فاستدل على عدم جريانه فيه.

تارة: بالإجماع.

وأخرى: باعتبار القربة فيه.

وثالثة: بأنه فك ملك.

ورابعة: بقوله عليه السلام: «من أوقف أرضا ثمَّ قال ان احتجت إليها فأنا أحق بها ثمَّ مات الرجل فإنها ترجع في الميراث»[(١)]

بدعوى: أن ظهوره في البطلان إنما هو لأجل الشرط المذكور.

وخامسة: بالمستفيضة الدالة على انه لا يرجع فيما كان لله[(٢)]

والكل قابل للخدشة. أما الإجماع فغير متحقق فقد نسب إلى المشايخ الثلاثة الجواز. وأما اعتبار القربة فممنوع صغرى وكبرى مع انه يرجع إلى الدليل الخامس. وأما انه من فك الملك ولا يجوز الشرط فيه فهو عين الدعوى وأصل المدعى. وأما الموثق فلا ربط له بالمقام وإنما مفاده العود إلى الواقف مع الحاجة إليه ولا مانع فيه من عقل أو نقل وقال في المسالك: «أن العمل به اتفاق من الأصحاب أو من أكثرهم فليس الوقف باطلا بل يخرج عن الوقفية بزوال العنوان وهو عدم الحاجة فيرجع إلى الواقف» وقال في الجواهر ونعم ما قال: «ليس هذا من إدخال الواقف نفسه في الوقف بل هو تقييد للوقف بما يقتضي

(١) مستدرك الوسائل باب: ٢ من أبواب الوقوف والصدقات.
(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب الوقوف والصدقات.

انتهاؤه» وأما الأخير فهو مثل سائر الأحكام الاقتضائية القابلة للتغيير بالشرط. هذا، ولكن إرسال عدم صحة الخيار في الوقف إرسال المسلمات فتوى وعملا يوجب حصول الظن بعدم الصحة فلا يقصر ذلك عن سائر الظنون الاجتهادية.

ومنه يظهر حكم الصدقة التي وردت النصوص فيها[١] وطريق الاحتياط واضح.

وأما الضمان فمقتضى الإطلاق جواز دخول شرط الخيار فيه أيضاً والاشكال بأنه مناف للضمان تقدم الجواب عنه في الرهن.

الثالث: اللزوم الاقتضائي الحقي القابل للإقالة كأقسام البيع وسائر العقود اللازمة ولا ريب في جواز خيار الشرط فيها، لظهور الإطلاق والاتفاق إن لم يكن مانع خارجي في البين، كما إذا استلزم البيع الانعتاق مثلا.

الرابع: العقود الجائزة سواء كانت عهدية كالهبة أو اذنية محضة كالوكالة، والمعروف إنه لا وجه للخيار فيها، لكونه لغوا، إذ لا معنى للجواز إلا صحة الرجوع.

وفيه: إنه لا مانع من عقل أو نقل من تعدد منشأ الجواز اقتضاء وتبادلا. ويمكن أن يجتمع في بيع واحد خيارات متعددة كالمجلس، والحيوان، والشرط فتكون العقود الجائزة مثله، وكذا لا وجه للإشكال بأنه من اجتماع المثلين، ومن تحصيل الحاصل كما لا يخفى ثمَّ ان المعروف بينهم عدم صحة الخيار وشرطه في الإيقاعات.

واستدل عليه بأمور.

الأول: ان الشرط لا يكون إلا بين اثنين والإيقاع قائم بالواحد فقط.

الثاني: أن الشرط التزام في ضمن العقد لغة أو عرفا أو انصرافا.

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب الوقوف والصدقات.

الثالث: أن الخيار ملك الفسخ والحل بين شيئين وارتباطين ولا موضوع لذلك في الإيقاع.

الرابع: أن مضامين الإيقاعات نوعا أمور عدمية كزوال الزوجية في الطلاق والملكية في العتق وسقوط ما في الذمة في الإبراء والرجوع فيها يكون من اعادة المعدوم وهو باطل.

الخامس: أن تطرق الخيار وشرطه في شيء يدور مدار صحة التقايل فيه وحيث لا يشرع التقايل في الإيقاعات فلا وجه لشرط الخيار فيها.

السادس: انه من الشرط المخالف للكتاب هذه ما قيل أو يمكن أن يقال في عدم صحة الشروط والخيار في الإيقاعات.

والكل مخدوش. أما الأول: فلان الشرط متقوم بالمشروط له والمشروط عليه وهما من المتضايفين الذين لا يمكن الانفكاك بينهما سواء تحققا في ضمن اثنين خارجيين بأن يكون كل منهما غير الآخر حقيقة، أو اثنين اعتباريين بأن يكون كل منهما غير الآخر اعتبارا وصحة اجتماع عنوانين مختلفين في الواحد من البديهيات.

وأما الثاني والثالث: فلان الشرط لا بد وان يكون في إنفاذ شرعي عقلائي والتزام كذلك أعم من أن يكون بين التزامين أو التزام واحد معتبر شرعا هذا بناء على عدم وجوب الوفاء بالشروط الابتدائية وإلا فالأمر أوضح.

وأما الرابع: فلان ما هو المحال على فرض صحته انما هو اعادة شخص المبتدأ من كل حيثية وجهة حتى الزمان وفي المقام تكون الإعادة عنوانيا اعتباريا لا حقيقيا واقعيا.

وأما الخامس: فلأنه لا موضوعية لخصوص الإقالة، ومرجع ما قالوا إلى عدم تحديد الشارع لاختيار المنشئ عقدا كان الإنشاء أو إيقاعا ومقتضى الأصل

عدم التحديد لذلك في الإيقاعات أيضاً وان مقتضاه بقاء اختياره وسلطنته التي كانت له حين الحدوث، وأساس جميع الخيارات يرجع إلى ذلك.

نعم، حددها الشارع بحدود وقيود خاصة كما هو دأبه في جميع الأمور العرفية.

وأما الأخير: فمدفوع بأصالة عدم المخالفة بالعدم الأزلي كما يأتي إن شاء الله تعالى.

فظهر من جميع ما مر انه لا دليل لهم على عدم صحة الشرط والخيار في الإيقاعات إلا ظهور إجماعهم عليه، وكونه من الإجماعات المعتبرة مشكل، مع ما ورد في العتق من الروايات من صحيح أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل قال: غلامي حر وعليه عمالة كذا وكذا سنة قال عليه السلام: هو حر وعليه العمالة»[1] وفي موثق ابن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريته وشرط عليها أن تخدمه خمس سنين فأبقت ثمَّ مات الرجل فوجدها ورثته أ لهم أن يستخدموها؟ قال: لا»[2] فالظاهر منه صحة الشرط المختص للمولى، وفي صحيح عبد الرحمن ابن أبي عبد الله: «انه سأل أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل قال لغلامه: أعتقك على أن أزوجك جاريتي هذه فإن نكحت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك فنكح أو تسرى أ عليه مائة دينار ويجوز شرطه؟ قال عليه السلام: يجوز عليه شرطه»[3] إلى غير ذلك من الأخبار.

ثمَّ إنه قد يظهر منهم في المقام قاعدتان.

الأولى: أن كل ما تجري فيه الإقالة يجري فيه الخيار، وكلما لا تجري فيه

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب العتق حديث :٢.
(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب العتق.
(٣) الوسائل باب: ١٢ من أبواب العتق حديث :١.

الإقالة لا يجري فيه الخيار.

الثانية: أن الساقط عما في الذمة لا يعود.

أما الأولى: فالظاهر كونها من القضايا التي قياساتها معها، لأن الإقالة عبارة عن كون حل العقد وازالته باختيار المتعاقدين ورضى منهما بعد العقد ولا فرق عرفا بينه وبين شرط الخيار في ابتداء العقد إذ لا فرق بين ابتداء العقد وما بعده في هذه الجهة عند متعارف المتعاقدين، لأن حكم الأمثال فيما يجوز وفيما لا يجوز واحد خصوصا في الاعتباريات.

ثمَّ ان قاعدة أن كلما تدخله الإقالة يدخله خيار الشرط بحسب الفعلية الخارجية، وأما بحسب الفرض والإمكان فبينهما عموم من وجه فيمكن جريان الإقالة مع عدم جريان خيار الشرط، كما إذا كان شرط الخيار منافيا لمقتضى العقد فيصح فيه الإقالة ولا يجري فيه خيار الشرط، كما يمكن أن يجري خيار الشرط من دون الإقالة كما في بعض الإيقاعات التي يمكن جريان خيار الشرط فيه ولا تجري فيه الإقالة لتقومها بالطرفين، ولكن هذا من مجرد الفرض لا الوقوع الخارجي.

وأما القاعدة الثانية: وهي أن الساقط عما في الذمة لا يعود فاستدل عليها.

بأنه من اعادة المعدوم وهي ممتنعة.

وفيه: أن اعادة المعدوم شخصا ممتنع على فرض الصحة وأما عنوانا فلا اشكال فيه من عقل أو نقل، مع انه يمكن أن يكون اشتغالا جديدا للذمة لا اعادة الاشتغال السابق فلا مانع في ذلك، كما لا مانع من تبديل العين الخارجي إلى الذمة بإتلافه ولا من تبديل الكلي إلى العين الخارجي كما في الكلي المعين بإتلاف الجميع إلا المقدار المعين كالصاع في الصبرة إذا تلف جميع الصبرة إلا الصاع.

النكاح [٧١]، ولا في الإيقاعات كالطلاق والعتق والإبراء [٧٢]، ويجري خيار الشرط في القرض والخلع والمباراة [٧٣].

(مسألة ٦): يجري هذا الخيار في الصلح المشتمل للإبراء [٧٤].

(مسألة ٧): شرط الخيار في البيع تارة من أحد المتبايعين على لآخر، وأخرى من كل منهما على الآخر وثالثة للأجنبي والكل صحيح [٧٥].

(مسألة ٨): يجوز اشتراط الخيار للبائع إذا رد الثمن عينا أو مثلا أو قيمة إلى مدة معينة فإن مضت المدة ولم يأت كاملا لزم البيع [٧٦]. ويسمى

---

(٧١) لما تقدم من الإجماع المتسالم عليه بينهم، ويأتي جريان خيار التدليس والاشتراط في النكاح أيضاً.

(٧٢) لما مر من الإجماع وهو عمدة الدليل عليه، وفي اعتبار إطلاقه كلام يأتي التعرض لكل منها في محله نفسه.

(٧٣) لوجود المقتضى وفقد المانع.

(٧٤) لأن المتيقن من إجماعهم على عدم جريانه في الإيقاعات على فرض اعتباره غيره وإن كان الأحوط خلافه.

(٧٥) للإطلاق، والظاهر عدم الاحتياج إلى القبول في الأخير، إذ لا دليل على اعتبار رضا المشروط له.

نعم، يكون رده مانعا.

(٧٦) للإطلاق، والاتفاق، ونصوص مستفيضة منها موثق عمار قال:

«سمعت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن يكون لغيرك على أن تشرط لي أن إذا جئتك بثمنها إلى سنة أن ترد عليّ قال عليه السلام: لا بأس بهذا ان جاء بثمنها ردها عليه قلت فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة؟

هذا بيع الخيار [٧٧]، ويصح اشتراط أن يكون للبائع فسخ الكل برد بعض

قال عليه السلام: الغلة للمشتري ألا ترى أنها لو احترقت لكانت من ماله»[١] وخبر أبي الجارود عنه عليه السلام أيضاً: «عن رجل باع دارا له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر فشرط انك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله قال، له شرطه قال أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين قال عليه السلام: هو ماله، أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري»[٢] وصحيح ابن يسار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام أنا نخالط أناسا من أهل السواد وغيرهم فنبيعهم ونربح عليهم للعشرة اثني عشرة، والعشرة ثلاثة عشر ونؤخر ذلك فيما بيننا وبين السنة ونحوها، ويكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا شراء قد باع وقبض الثمن منه فنعده إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نرد عليه الشراء فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا فما ترى في الشراء؟ فقال عليه السلام: أرى أنه لك ان لم يفعل، وإن جاء بالمال للوقت فرد عليه».

(٧٧) وهو بحسب مقام الثبوت يتصور على وجوه ثمانية.

الأول: تعليق ذات الخيار، فلا خيار إلا بعد انقضاء المدة.

الثاني: تعليقه على رد الثمن.

الثالث: تعليق الفسخ.

الرابع: كون نفس الرد فسخا فعليا.

الخامس: كون الرد شرطا لوجوب الإقالة.

السادس: كونه شرطا لوجوب بيعه من مالكه.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب الخيار حديث :١ و ٣.

الثمن أو فسخ البعض برد البعض (٧٨)، ويكفي في رد الثمن فعل البائع ماله دخل في القبض من طرفه وإن أبى المشتري من قبضه (٧٩). فلو احضر الثمن وعرضه عليه ومكّنه من قبضه فأبى من القبول وامتنع تحقق الرد المعتبر في الفسخ فله الفسخ (٨٠).

السابع: كونه شرطا لتحقق الانفساخ.

الثامن: كون الخيار في طول المدة، ويشترط عليه أن لا يفسخ إلا بعد رد الثمن.

والكل صحيح بحسب الواقع ومقام الثبوت، ولو فرض الجهالة في بعضها فلا تضر لاغتفارها في الشروط.

كما أن الاشكال على السابع من استلزامه تحقق الانفساخ بنفسه من دون سبب باطل، لفرض أن سببه تحقق الشرط في العقد.

نعم، هو من شرط النتيجة ويأتي صحته إن شاء الله تعالى.

وأما بحسب المتفاهم العرفي والمنساق من الأدلة عرفا ومن عبارات الأصحاب فهو المعنى الثالث فيكون الفسخ مقيدا لأصل الخيار، كما لو قيد الفسخ بزمان أو مكان خاص أو بحالة مخصوصة بالشرط في غير هذا الخيار.

(٧٨) لإطلاق دليل الشرط الشامل لجميع ذلك، وما يستفاد من ظاهر الأدلة الخاصة انما هو من باب المورد وبعض المصاديق لا التقييد.

(٧٩) لأن المرجع في رد الثمن انما هو العرف وهو يحكم بتحققه مع إيجاد المقتضى وفقد المانع من طرف البائع إلا إذا كان في البين شرط خاص أو قيد مخصوص كاما ورد في الوديعة، وكل مورد يعتبر فيه الرد يكفي فيه إزالة المانع عن الاستيلاء على الشيء ويأتي في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى بعض ما يناسب المقام.

(٨٠) لتحقق الرد عرفا فيترتب عليه الحكم قهرا.

(مسألة ٩): نماء المبيع ومنافعه للمشتري [٨١]، كما أن تلفه عليه [٨٢]. والخيار باق مع التلف [٨٣] و ليس للمشتري قبل انقضاء المدة

---

(٨١) لقاعدة تبعية النماء للملك والمفروض حصول الملكية بمجرد العقد كما يأتي في أحكام الخيار، ولما مر في الصحيح والموثق[١]

(٨٢) لأنه صار ملكه بمجرد العقد، فيكون تلفه عليه مضافا إلى ما تقدم في النص[٢] فما لم يرجع المبيع إلى البائع ولم ينحل البيع يكون تلفه على المشتري.

(٨٣) متعلق الخيار بحسب الشقوق العقلية يمكن أن يكون أحد أمور أربعة.

الأول: ذات العقد من حيث انه إنشاء قائم بالمنشئ فقط.

الثاني: العقد من حيث الطريقية إلى نقل العوضين.

الثالث: العين الخارجي من حيث الخصوصية العينية.

الرابع: العين من حيث المالية العرفية العقلائية.

ومقتضى اهتمام الناس بأموالهم وشدة عنايتهم بالتحفظ عليها مهما أمكنهم ذلك هو الأخير إلا أن تكون قرينة معتبرة في البين تدل على غيره وهي مفقودة، والاحتمال الأول ساقط في عرف المتعاقدين مطلقا إذ لا أثر للإنشاء من حيث هو وانما هو طريق محض للمنشإ كما في كل لفظ صادر من كل متكلم وكل فعل يقصد به إيجاد عنوان من العناوين التي تترتب عليها آثار خاصة فيتعين الاحتمال الثاني، كما أن الاحتمال الثالث لا وجه له إلا مع وجود قرينة معتبرة عليه فيتعين الاحتمال الأخير، ولا فرق فيه حينئذ بين كون متعلق الخيار نفس مالية العوضين أو العقد الذي يكون طريقا إلى ماليتهما فلا ثمرة بينهما من هذه الجهة في البين.

---

(١) و (٢) تقدما في صفحة: ١٢٤ ـ ١٢٥.

التصرف الناقل وإتلاف العين (٨٤).

(مسألة ١٠): لا يختص بيع الخيار بما إذا كان المدفوع عينا بل يشمل الكلي الذمي أيضاً (٨٥) فإذا كان الثمن كليا في ذمة البائع تبرأ ذمته بمجرد جعله ثمنا للمبيع (٨٦) و يتحقق الرد بأداء ما في ذمته ودفع ما كان عليه (٨٧).

(مسألة ١١): لو لم يقبض البائع الثمن من المشتري حتى انقضت المدة يجوز له الفسخ أيضاً سواء كان الثمن عينا موجودا عند المشتري أو

---

(٨٤) لأن ظاهر الاشتراط إبقاء العين ليستردها البائع عند الفسخ وقد التزم المشتري بهذا الشرط فليس له أن يعمل على خلاف التزامه فهو وان كان ملكه من جهة وقوع البيع الجامع للشرائط الموجب لانتقال الملكية، ولكنه ممنوع عن التصرف فيه تصرفا ناقلا ومتلفا لمكان التزامه بالرد هذا إذا كان المشروط ردّ العين من حيث هي وأما إذا كان المشروط ردها من حيث المالية لا الشخصية العينية فيصح التصرف الناقل ويأتي في أحكام الخيار بعض ما يتعلق بالمقام.

(٨٥) لعموم الأدلة وإطلاقها وإن كان مورد بعضها خصوص العين الخارجي لكن المورد لا يخصص الحكم.

(٨٦) لأنه لا معنى لصحة البيع إلا انتقال الثمن إلى ملك البائع والمثمن إلى ملك المشتري، وحيث أن الثمن في ذمة البائع في المقام فتكون النتيجة سقوط الذمة لا محالة، لأن هذا هو معنى مالكية الشخص لما في ذمته لكن هذا نحو من السقوط المادامي لا السقوط الدائمي ومن كل جهة.

(٨٧) لأن هذا هو معنى الرد في الكليات الذمية فإذا كان في ذمته ألف دينار لزيد فباع داره منه بما في ذمته وجعل له الخيار مشروطا برد الثمن تصير الدار للمشتري وتفرغ ذمة البائع إلى حين الرد فأما أن تصير الدار ملكا له أو يرد الدار ويسترد الألف دينار.

كليا في ذمته [٨٨]، ولو قبضه فإن كان الثمن كليا لا يتعين عليه رد عين ذلك الثمن المقبوض بل يجزي كل ما انطبق عليه الكلي [٨٩] إلا إذا اشترط كون المردود عين المقبوض [٩٠]، وكذا لو كان المقبوض عينا شخصيا خصوصيا ان كان انتفاعه المتعارف بصرف عينه [٩١] إلا إذا اشترط رد العين بالخصوص [٩٢].

(مسألة ١٢): كما يتحقق الرد إلى نفس المشتري يتحقق أيضاً بإيصاله إلى وكيله في ذلك بالخصوص، أو وكيله المطلق [٩٣] أو وليه كالحاكم في ما إذا صار مجنونا أو غائبا [٩٤]. بل وعدول المؤمنين في مورد ولايتهم [٩٥]

---

(٨٨) لأنه لا موضوعية للرد من حيث هو بل هو طريق لاستيلاء المشتري على ماله والمفروض تحققه في الصورتين.

(٨٩) لفرض أن الثمن هو الكلي المنطبق على جميع الأفراد مضافا إلى السيرة.

(٩٠) لاقتضاء الاشتراط ذلك فيجب الوفاء به ولو رد البدل حينئذ فالخيار باق.

(٩١) لأن المتعارف في البيع الخياري الاهتمام بحفظ مالية الثمن دون عينه خصوصا في مثل النقود، مع أن البيع الخياري غالبا يكون لرفع الحاجة والاضطرار فيلازمه صرف العين والتحفظ على المالية.

(٩٢) فيجب الوفاء به حينئذ لمكان الاشتراط ويبقى الخيار ما لم يرد العين وإن رد البدل.

(٩٣) لأن الوكالة المخصوصة أو المطلقة تجعله كنفس الموكل في ذلك فيتبع رأيه وفعله لأجل ذلك.

(٩٤) لأن ولايته الشرعية تجعله كنفس المولى عليه نفي ذلك.

(٩٥) لأن هذا أيضاً من الولاية الشرعية، لأدلة الحسبة، وقد تقدم ما يدل

هذا إذا أطلق الرد إلى المشتري (٩٦). وأما لو اشترط الرد إلى نفسه بالخصوص فلا يتعدى إلى غيره (٩٧).

(مسألة ١٣): لو اشترى الولي شيئا للمولى عليه ببيع الخيار فارتفع حجره قبل انقضاء المدة يجزي الإيصال إلى نفس المولى عليه، فيملك البائع الفسخ بذلك (٩٨). وفي كفاية رده إلى الولي إشكال (٩٩). ولو اشترى الأب للصبي شيئا يجوز للبائع رد الثمن إلى الجد مع عدم تمكنه من الرد إلى الأب (١٠٠)، بل يجوز ولو مع التمكن منه أيضاً ما لم تكن خصوصية في البين (١٠١). وكذا الكلام في الحاكم الشرعي، فإذا اشترى

على ولايتهم في مثل هذه الأمور، فراجع.

(٩٦) لأن الإطلاق يشمل نفسه، وكل من يكون مأذونا منه بالوكالة أو من طرف الشرع بالولاية.

(٩٧) لمكان الاشتراط الذي يجب الوفاء به، ولكن لو تعذر ذلك، فلا بد من مراجعة الحاكم أيضاً.

(٩٨) الانقطاع ولايته بكمال المولى عليه، لأن ولايته ما دامية لا دائمية.

(٩٩) من كمال المولى عليه فلا موضوع للولاية. ومن احتمال أن تكون خصوصيات الرد تابعة لحدوث أصل الخيار، والمفروض إنه حدث بولاية الولي فكأنه شيء واحد نشأ عن ولايته حدوثا وبقاء، وطريق الاحتياط توافقهما عليه. وكذا الكلام في جميع الخيارات إذا اشترى الولي للمولى عليه شيئا فيه الخيار وبلغ المولى عليه قبل انقضائه.

(١٠٠) لفرض إنه أيضاً ولي شرعي ولا خصوصية للأب من حيث هو وإنما المطلوب منه مقام ولايته فقط وهو موجود في الجد أيضاً.

(١٠١) لانطباق عنوان الولاية على كل منهما، وجهة الولاية تعليلية.

نعم، لو كانت ولاية الأب حيثية تقييدية لا يجزي الرد إلى الجد لكنه لا

أحد الحاكمين لمن هو وليه يجوز الرد إلى حاكم شرعي آخر مع عدم التمكن من الرد إلى الأول [١٠٢]، ويشكل مع التمكن منه [١٠٣].

(مسألة ١٤): إذا مات البائع ينتقل هذا الخيار كسائر الخيارات إلى ورثته [١٠٤]، فيردون الثمن ويفسخون البيع ويرجع إليهم ويقسم بينهم على حسب قواعد الإرث [١٠٥]. وكذا الثمن المردود يوزع عليهم على الحصص [١٠٦]. وإذا مات المشتري يجوز للبائع الفسخ برد الثمن إلى ورثته [١٠٧].

نعم، لو شرط رد الثمن إلى خصوص المشتري فقط يسقط بموته [١٠٨].

وكما يجوز للبائع اشتراط الخيار لنفسه برد الثمن يجوز

وجه له إلا مع وجود خصوصية خاصة في البين وهو خلاف المفروض.

(١٠٢) لصدق الولاية بالنسبة إليه أيضاً مع عدم مزاحمة فيه للحاكم الأول لفرض عدم التمكن من الرد إليه.

(١٠٣) لأن ولاية الحاكم على مورد ولايتهم عرضية قبل تصدي أحدهم للموضوع. وأما بعد التصدي فيمكن أن تكون الولاية حينئذ طولية لا عرضية فما لم يرفع المتصدي نظره عن مورد تصديه لا ولاية للآخر عليه، ويأتي في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى تفصيل المقال.

(١٠٤) لإطلاقات أدلة الإرث وعموماتها، مضافا إلى الإجماع، ويأتي في أحكام الخيار بعض ما ينفع المقام.

(١٠٥) لأنه لا وجه للتسلط على الخيار إلا استرداد المبيع فيصير المبيع من تركة الميت وينتقل إلى ورثته على حسب السهام.

(١٠٦) لأنه أيضاً يصير من تركة الميت ويجري فيه ما مر في سابقة بلافرق.

(١٠٧) لانتقاله إليهم وصيرورتهم كمورثهم من هذه الجهة.

(١٠٨) لانتفاء الموضوع حينئذ فلا بد من السقوط، الا أن يقال إن الانتقال

للمشتري اشتراط الخيار لنفسه برد المثمن، بل يجوز لكل منهما ذلك (١٠٩).

الرابع: خيار الغبن (١١٠). فإذا باع بدون ثمن المثل، أو اشترى بأكثر منه يتحقق الغبن ويكون للمغبون الخيار (١١١).

حكم شرعي غير منوط باختيار المكلف.

(١٠٩) كل ذلك لإطلاق أدلة الشرط، وظهور الاتفاق، ويجري فيه أيضاً ما مر في المسائل السابقة من لزوم رد العين مع التعيين وجواز رد البدل مع عدمه.

ثمَّ إنه يسقط بانقضاء المدة وبما يحصل الرد والإيجاب من ذي الخيار والتصرف والاذن فيه، كما في سائر الخيارات على ما مرّ ويأتي، هذا إذا كان المشروط رد العين. وأما إذا كان الأعم منه فلا يسقط بالتصرف في العين، كما هو واضح.

(١١٠) الغبن من المعاني العرفية المعروفة بين الناس، وبهذا المعنى المعروف وقع مورد بحث الفقهاء في المقام لا أن يكون لهم اصطلاح خاص فيه. والمنساق من جميع موارد استعمالاته إنه خلاف الاستقامة والاستواء عرفا، سواء كان في المعاملة والمقاسمة أو في العقل الا إنه قد اصطلح على الأخير إطلاق الغبن (بفتح الوسط)، وعلى الأول بسكونه، فمهما خرجت المعاملة أو المقاسمة عن الاستواء يدخل الغبن والنقص فيها ويتحقق موضوع احكام خيار الغبن، فبيع ما لا يساوي بثمن المثل غبني، والعقل الذي لا استقامة فيه غبني (بالفتح)، وليس كل من الغبن والخديعة متحدا مفهوما وإن تصادقا موردا أحيانا، لأن الخديعة والتدليس شيء والبيع بغير ثمن المثل شيء آخر عرفا.

نعم، الخديعة والتدليس مما يوجب الغبن.

(١١١) للأدلة الأربعة الدالة على ثبوت الخيار للمغبون. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ

تَرَاضٍ﴾(١) فأن المنساق منها بحسب مرتكزات المتعاملين إن التراضي الفعلي في الماليات معاملة كانت أو غيرها طريق لعدم تحقق الخسارة المالية لا أن يكون لنفس التراضي من حيث هو موضوعية خاصة بأي وجه تحقق حتى مع الخسارة الواقعية.

نعم، التراضي الظاهري الفعلي يوجب صحة الإنشاء ظاهرا ومع فقد الموانع يلزم، ومع وجود بعضها يمكن حله، وبعد ظهور الخسارة إما أن تلزم مطلقا، أو يتحقق للمغبون الخيار.

والأول: خلاف الامتنان بل ظلم بالنسبة إلى المغبون.

والثاني: مخالف للتراضي الفعلي الثابت في البين في الجملة. فيتعين الأخير فثبوت الخيار عند تبين الخسارة من المداليل السياقية المحاورية لمثل هذه الآية. فخيار الغبن وغيره من موارد الخسارات المالية من البناءات العقلائية ولا تعبد شرعي فيه حتى نحتاج إلى إتعاب النفس في الاستدلال عليه.

ثمَّ إنه لا وجه لأن يقال إن الخيار إن كان لأجل الشرط الضمني لتساوي المالية فيكون من خيار الشرط ولا ربط له بالغبن، وإن كان لأجل أن الداعي التساوي فتخلّف الداعي لا يوجب الخيار إجماعا، وإن كان لأجل تقييد الرضا بالتساوي فيلزم البطلان مع التخلف فلا موضوع للخيار على أي حال. ولكن ظهر مما مرّ فساده من أن الخيار لأجل الخسارة المالية التي هي أهم موجبات الخيار، بل يمكن إرجاع جميع الخيارات إلى مراعاة هذه الجهة. فالرضا المعاملي ينحل إلى رضاءين رضا ظاهري تدور صحتها مدار تحققه، ورضا النفس الأمري الواقعي الذي يدور الخيار وعدمه مداره، وقد أطال شيخنا الأنصاري قدس سره الكلام في المقام وتبعه جميع مشايخنا في مباحثهم الشريفة وحواشيهم فراجع وتأمل.

(١) سورة النساء: ٢٩. وراجع ما يتعلق بالآية المباركة في ج: ٨ من مواهب الرحمن في تفسير القرآن

و انى أرى تسلط من وقعت عليه الخسارة بين أخذ حقه والعفو عنه في مورد وقوع الخسارة عليه من الضروريات ويستلزم ذلك الخيار في إمضاء العقد ورده.

وأما السنة ففي الغنية«نهى النبيّ صلّى الله عليه وآله عن تلقى الركبان، وقال صلّى الله عليه وآله: فإن تلقى متلق فصاحب السلعة بالخيار إذا دخل السوق»[١]

ونوقش فيه. أولا: بعدم الانجبار.

وثانيا: بأن الخيار أعم من خيار الغبن.

وفيه: إن الاعتناء بنقله في كتب فقهائنا المتقدمين والمتأخرين، بل هو مشهور بين الأصحاب واعتمد عليه الشيخ في الخلاف وغيره نحو اعتماد كسائر النبويات. والمنساق منه بالقرائن الخارجية خيار الغبن، فلا قصور في سنده حينئذ ولا في دلالته.

واستدل أيضاً بقول الصادق عليه السلام: «غبن المسترسل سحت»[٢] وعنه عليه السلام أيضاً: «غبن المؤمن حرام»[٣] وفي رواية أخرى: «أيما رجل استرسل إلى مسلم فغبنه كان غبنه ذلك ربا»[٤] والاسترسال الطمأنينة والاستيناس، ودلالة هذه الأخبار على الخيار متوقفة على ظهورها في صورة اطلاع المغبون ورده للمعاملة، وهو مشكل لو لم يكن ممنوعا. مع إن سلطة المغبون بين الرد والإمضاء من البناءات العقلائية، ويذمون الغابن على فعله، ويجعلون للمغبون نحو سلطة على الغابن وليس الخيار إلا هذا، وفي مثل هذا يكفي عدم ثبوت الردع ولا نحتاج إلى التقرير حتى نقع في المناقشة في دلالة الكتاب وسند السنة أو دلالتها.

---

(١) مستدرك الوسائل باب: ٢٨ من أبواب آداب التجارة.
(٢) و (٣) الوسائل باب: ٩ من أبواب آداب التجارة.
(٤) كنز العمال ج: ٤ حديث: ٣٩٧ ط: الهند.

و استدل أيضاً بحديث«لا ضرر»[١] المعروف بين الفريقين فإن لزوم المعاملات الغبنية ضرر بلا إشكال فلا بد وأن يرفع بمقتضى الحديث سواء كان بنحو نفي الموضوع أو الحكم، أو كان المنساق منه النهي أو غير ذلك مما قيل في معنى الحديث ويلازم ذلك عرفا قيام بديل اللزوم مقامه ولا بديل للزوم الا سلطة المغبون على الفسخ والإمضاء، وهذا من العرفيات التي تنزل الأدلة الشرعية عليها ما لم يكن دليل على الخلاف.

إن قلت: إن نفي اللزوم لأجل الضرر أعم من ثبوت الخيار، لأن نفي اللزوم يكون بالخيار إنما هو بأن يجبر الغابن إما بالفسخ أو بالتدارك. كما يكون بتسلطه على أخذ الزيادة فقط فلا وجه لتعيين الخيار بعد هذه الاحتمالات.

قلت: أولا: إن هذه احتمالات دقيقة عقلية التي لا تناط بها الأحكام الظاهرية الشرعية.

وثانيا: إذا ألقينا قوله صلى الله عليه وآله: «لا ضرر ولا ضرار» على العرف وأبناء المحاورة يحكمون بأن الموجب للضرر في المقام وهو اللزوم مرفوع. ونفي اللزوم الحقي ملازم عند المتعاملين للخيار، وإثبات الاحتمالات الأخر يحتاج إلى عناية خاصة وهي مفقودة.

ان قلت حديث«لا ضرر» نسبته إلى نفي الصحة ونفي اللزوم على حد سواء، فتعيين نفي اللزوم من الترجيح بلا مرجع، مع أن نفي اللزوم بهذا الوجه لا يثبت الخيار المعهود الذي هو من الحقوق وله أحكام خاصة.

قلت: العرف يرى أن الضرر مستند إلى السبب القريب الذي هو اللزوم وهذا هو المرجح بنفسه، مضافا إلى الإجماع على عدم بطلان المعاملة الغبنية فلا وجه بعد ذلك لنفي الصحة ومقتضى الأصل والإطلاق عدم اعتبار شيء آخر في الجواز الحقي والخيار المعهود سوى السلطة على الفسخ والإمضاء.

وما يقال: من أن تدارك ضرر المغبون بإلزام الغابن بفسخه نحو ضرر

---

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب الخيار حديث :٤.

بالنسبة إلى الغابن لتعلق غرض الناس بما يتعلق بأعواض أموالهم ولا ترجيح لأحد الضررين على الآخر فينجبر ضرر المغبون بإلزام الغابن ببذل التفاوت ويرتفع ضرر المغبون من دون ضرر عليه وعلى الغابن وبعد إمكان إلزامه بذلك يثبت الخيار للمغبون حينئذ فيكون ثبوته مشروطا بعدم بذل التفاوت.

مدفوع: بأن هذا السنخ من الضرر بالنسبة إلى الغابن من الضرر الشخصي الذي لا يعتني به لدى العقلاء وضرر المغبون من الضرر النوعي ولا ريب في أهمية الأخير بالنسبة إلى الأول، بل لا يعتني ببعض الشخصيات في مقابل الأمور النوعية ويؤخذ بما هو المعهود المتعارف وهو ثبوت الحق الذي يكون في مقابل اللزوم ولا حق في مقابل اللزوم الحقي إلا الخيار.

نعم، لو كان اللزوم في المقام من اللزوم الحكمي لكان ما في مقابله الجواز الحكمي، ولكنه خلف الفرض، وقد أطنب شيخنا الأنصاري قدس سرّه في المقام وتبعه جمع من مشايخنا الأعلام في حواشيهم الشريفة فراجع وتأمل، فيصح التمسك بالنسبة إلى ثبوت خيار الغبن على ما قلناه.

وأما الإجماع فلا ريب في ثبوته.

نعم، نسب إلى المحقق رحمه الله إنكار خيار الغبن في حلقة درسه وإلى الإسكافي أيضاً.

والأول: مخالف لتصريحه بثبوته في شرائعه الذي هو أتقن كتبه.

والثاني: لا بأس بخلافه لكثرة مخالفته في المشهورات.

وأما العقل فلا ريب في أن العقل يرى المغبون ذا حق في المعاملة الغبنية وهذا الحق هو حق حل العقد أو إجبار الغابن بالتدارك ومع عدم الترجيح في البين يتخير بينهما، والإجماع وما دل من الأدلة على ثبوت الخيار يعين الأول وهذا الدليل ليس من دليل العقل المستقل كما لا يخفى ويرجع إلى ما أشرنا إليه من بناء العقلاء، ولا فرق في ثبوت هذا الحق بين بذل الغابن ما به التفاوت أو لا لما يأتي.

(مسألة ١): يعتبر في ثبوت هذا الخيار أمران.

الأول: جهل المغبون بالقيمة فلو علم بها ومع ذلك أقدم على المعاملة فلا خيار له مع ظهور الغبن (١١٢)، وكذا مع الشك فضلا عن الظن

ثمَّ ان المغبون.

تارة: هو المشتري كما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل.

وأخرى: هو البائع كما إذا باع بأقل منه.

وثالثة: هما معا والمرجع في ثبوته لهما أهل الحبرة في المعاملات وقد ذكر الفقهاء وجوها لا تخلو عن المناقشة لعل أحسنها ما عن بعض مشايخنا من فرضه فيما إذا كانت قيمة الشيء مجتمعا أزيد من قيمته منفردا كمصراعي الباب مثلا فإذا فرض قيمة المصراعين مجتمعا ستة دنانير وقيمة كل واحد منهما منفردا دينارين فباع أحد المصراعين بثلاثة دنانير فالمشتري مغبون بدينار واحد والبائع أيضاً مغبون بدينار واحد، لأن حيثية الانضمام زالت بهذه المعاملة فنقصت قيمة المصراع الباقي على ملك البائع.

ثمَّ انهم تعرضوا في المقام لإشكال بالنسبة إلى التمسك بقاعدة الضرر حاصله: ان المدار في الضرر المنفي في العبادات والمعاملات هل هو الضرر المالي أو الضرر الحالي فإن كان الأول فلما ذا لم يعتبر في الوضوء فإنهم يقولون بوجوب شراء ماء الوضوء ولو بأضعاف قيمته، وإن كان الثاني فلم لم يعتبر ذلك في المعاملات فما وجه الفرق بينهما؟ والجواب أن الضرر منفي مطلقا ماليا أو حاليا وانما يذكر المالي بالخصوص في المعاملات لقوامها بالماليات لا لأجل الاختصاص وانما خرج الوضوء فقط بوجوب شراء الماء ولو بأكثر من ثمن المثل لدليل مخصوص[1] فيكون ذلك تخصيصا لقاعدة الضرر بالنسبة إلى المال فقط في خصوص الوضوء كذلك وبقي الضرر الحالي منفيا مطلقا.

(١١٢) للإجماع، ولأنه هو الذي أقدم على الغبن فلا تشمله أدلة ثبوت

---

(١) راجع ج: ٤ صفحة :٣٤١.

بالقيمة (١١٣).

الثاني: أن يكون التفاوت بما لا يتسامح الناس فيه في مثل هذه المعاملة فلو كان مما يتسامح فيه فلا خيار في البين (١١٤).

(مسألة ٢): لو شك في ان التفاوت مما يتسامح فيه أو لا فلا خيار في البين (١١٥)، ولو اعتقد انه مما يتسامح فيه فبان انه مما لا يتسامح فيه يثبت

الخيار عرفا، ولا أقل من الشك في الشمول فيكون المرجع أصالة اللزوم حينئذ، وحيث ان بناء المتعاملين نوعا في اقداماتهم المعاملي على إحراز عدم الغبن والاطمئنان بعدم الخسارة ولا يقدمون عليها مع الشك فيه فضلا عن الظن به يكون مورد ثبوت الخيار خصوص صورة الغفلة المحضة وأما في غيرها فلا خيار، لصدق عدم التثبت في المعاملة عرفا فيصدق الإقدام على الضرر في الجملة، لأن بناء نوع الناس على التأكد في أن لا يخسروا في أموالهم والتحذر من ذلك مهما أمكنهم فيصح التوبيخ في صورة الشك فضلا عن الظن من العقلاء بالنسبة إلى المغبون بقولهم لم أقدمت على المعاملة مع احتمال الخسارة.

(١١٣) لما مر من أن البناء المعاملي عند الناس على التثبت مطلقا، ومنه يظهر ما في جملة من التطويلات في المقام.

(١١٤) لظهور الإجماع، ولأن بناء نوع المعاملات عند الناس على عدم المداقة فيما يتسامح فيه بل يوبخون من دقق فيه، والمرجع فيما يتسامح فيه المتعارف من أهل الخبرة لتلك المعاملة الخاصة، وليس تعيين ذلك من شأن الفقيه حتى يبحث فيه بل الفقيه لا بد وان يرجع في تعيين ذلك إلى أهل الخبرة ومتعارف الناس ومقدار ما يتسامح فيه يختلف باختلاف المعاملة كما هو معلوم.

(١١٥) لاستصحاب بقاء الملكية، ولأصالة عدم تأثير الفسخ في زوالها فلا

الخيار [١١٦].

(مسألة ٣): لا فرق في ثبوت الخيار للجاهل بالقيمة بين قدرته على السؤال وعدمه [١١٧]، والمدار على جهل المالك دون الوكيل في مجرد اجراء العقد [١١٨].

نعم، لو كان وكيلا مفوضا إليه من كل حيثية وجهة يكون المدار على جهله [١١٩].

(مسألة ٤): يثبت جهل المغبون باعتراف الغابن وبالقرائن المفيدة للاطمئنان [١٢٠] و لو اختلفا في القيمة حال العقد مع تعذر

تزول إلا برضا الطرفين.

(١١٦) لأن المدار في ثبوت الخيار على تحقق الغبن واقعا والمفروض تحققه كذلك فتشمله الأدلة.

(١١٧) لإطلاق الدليل الشامل للصورتين.

(١١٨) لأن الخيار سلطة خاصة لمن له السلطة الملكية والمالكية في الجملة، والوكيل في مجرد إجراء العقد بمعزل عن ذلك.

(١١٩) لأنه مالك المعاملة عقدا وحلا عند العرف وزمامها بيده من كل جهة فالمدار على علمه وجهله وإن لم يكن مالكا للمال.

(١٢٠) أما الأول فللإجماع، ولقاعدة ان إقرار العقلاء على أنفسهم جائز التي هي من القواعد العقلائية، وأما الأخير فلاعتبار الاطمئنان النوعي عند الناس من أي منشأ حصل ولم يثبت الردع عنه شرعا، بل عن جمع من الفقهاء أن المراد بالعلم في الكتاب والسنة الاطمينانات العرفية ولا فرق في حصول الاطمئنان بين أن يكون من البينة على فرض إمكان اطلاعها على جهل المغبون أو قرائن معتبرة أخرى يصح الاعتماد عليها بحسب المتعارف.

الاستعلام فلا خيار [١٢١].

(مسألة ٥): ليس للمغبون مطالبة الغابن بتفاوت القيمة [١٢٢] بل له الخيار بين أن يفسخ المبيع من أصله أو يلتزم ويرضى به بالثمن المسمى [١٢٣]، كما أنه لا يسقط خياره ببذل الطرف المقابل التفاوت [١٢٤].

نعم، يسقط بتراضي الطرفين [١٢٥].

---

(١٢١) لاستصحاب بقاء الملكية، وأصالة عدم الفسخ إلا برضا الطرفين.

(١٢٢) لأصالة عدم سلطة له عليه بعد حدوث ملكية العوضين بتمامها للطرفين بالبيع، وانما له حق تدارك غبنه وهو يحصل بثبوت الخيار له وهو ثابت كما مر.

وتوهم انه كما يحصل التدارك بالخيار يحصل بذلك أيضاً بلا مرجح في البين.

مدفوع: بأن ظهور إطلاق الإجماع على ثبوت الخيار للمغبون مرجح بلا اشكال، مع أن تسلط المغبون على فسخ أصل العقد نحو مجازاة لفعل الغابن ودفع لإيجاد المعاملات الغبنية مطلقا.

(١٢٣) لما تقدم من الأدلة الدالة عليه.

(١٢٤) لأصالة بقائه بعد ثبوته وهو مقتضى إطلاق أدلته أيضاً على ما مر من استظهار الخيار منها وتمامية دلالتها عليه.

نعم، من ناقش في دلالتها فلا بد من التكلف في الجواب وقد مر سقوط المناقشات، وقلنا أن نفي اللزوم الحقي ملازم عرفا لثبوت الجواز الحقي وهو عبارة أخرى عن الخيار.

(١٢٥) لأن الحق بينهما فلهما التراضي كيف ما شاء وأرادا ما لم يكن محذور شرعي في البين والمفروض عدمه.

(مسألة ٦): الخيار ثابت للمغبون من حين العقد لا أنه يحدث من حين الاطلاع عليه [١٢٦]. فلو فسخ قبل ذلك وصادف أثر الفسخ أثره [١٢٧].

---

(١٢٦) لأن مناشئ الخيارات مطلقا لا بد وأن يكون بوجوداتها الواقعية منشأ لها بل الآثار في جميع الأشياء مترتبة على وجوداتها الواقعية إلا ما ثبت خلافه بالدليل القطعي ولا دليل على الخلاف في المقام إلا ما يظهر من الكلمات بل عن بعض دعوى الإجماع عليه، ويمكن حملها على أن إعمال خيار الغبن متوقف على العلم به لا أن يكون أصل وجوده كذلك وإجماعهم معارض بدعوى الإجماع على الخلاف أيضاً، مع أن المدار على الأدلة لا على الأقوال، إذ كم من قول لا دليل عليه، وكم من رأى بلا دليل فإن كان مدار هذا الخيار على الضرر أو أصالة المساواة في العوضين أو بناء نوع المعاملات على عدم الغابنية أو الشر الضمني فكلها متحققة حين إيجاد المعاملة ولا دخل للعلم فيها حتى يكون الخيار حادثا بحدوث العلم.

(١٢٧) لوجود المقتضى للفسخ وفقد المانع عنه من جهة ثبوت الحق واقعا وكون العلم طريقا محضا لا أن يكون له موضوعية خاصة لإثبات الخيار واقعا فجميع الآثار مترتبة على وجود الحق الواقعي والعلم طريق محض إليه.

نعم، بعض الآثار معلق على موضوع لا يتحقق مع الجهل بالواقع كما في التصرف المسقط للخيار من جهة اعتبار كونه كاشفا عن الرضا بالمعاملة لا بد وان يكون بعد العلم من هذه الجهة فقط، فيكون خارجا عن الفرض تخصصا لا تخصيصا كما أن التصرفات الناقلة مترتبة على الوجود الواقعي دون العلمي لكونها تصرفا في متعلق حق الغير واقعا فتكون صحتها متوقفة على اذنه ورضائه كتصرف الغابن في الثمن ان قلنا بأن متعلق الخيار خصوص العين لا مجرد المالية المحضة.

(مسألة ٧): خيار الغبن فوري لمن أطلع عليه وتمكن من إعمال الخيار[١٢٨]. فإذا أطلع عليه ولم يبادر إلى الفسخ لأجل جهله بحكم

نعم، ظاهرهم الاتفاق على عدم جريان قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له في المقام، لظهور إجماعهم على أن التلف من المغبون لا من الغابن ويأتي بقية الكلام في أحكام الخيار إن شاء الله تعالى فما عن شيخنا الأنصاري قدس سره في المقام من تثليث الأقسام مطلقا لا وجه له.

(١٢٨) لأن المنساق من الأدلة والمغروس في الأذهان أن الجهل بالقيمة معتبر في ثبوت خيار الغبن حدوثا وبقاء فمن أطلع على الغبن وأمكنه اعمال الخيار ومع ذلك لم يعمل خياره يقولون له قد أسقطت حقك باختيارك وأقدمت على الضرر بفعلك ويتوجه اللوم اليه كما يتوجه لوم الغابن وتوبيخه عليه أيضاً وهذا معلوم لكل أحد يتأمل في بناء المعاملات الغبنية عند الناس ولا ريب في أن العاجز عن رفع غبنه والقادر عليه عنوانان مختلفان لكل منهما حكم مستقل شرعا وعرفا، مع أن الشك في شمول أدلة الخيار لمثل الفرض يكفي في استصحاب الملكية فلا تزول إلا برضا الطرفين.

ثمَّ أن هذه ال(مسألة مما أطيل فيها الكلام ونحن نلخص المقال بما يقتضيه الحال.

فنقول: ان الزمان ظرف لجميع الموجودات. بجواهرها وأعراضها والاعتباريات مطلقا ما سوى الله تعالى فإنه عز وجل محيط على الزمان والزمانيات لا أن يكون الزمان ظرفا له ومحيطا به بل لا ظرف له مطلقا وليس مراد الفقيه والأصولي من الظرفية والقيدية هذا المعنى، إذ لا ربط لها بالفقه والأصول، بل هو من مباحث فني الحكمة والكلام، وقد استوفى حق هذا المبحث فيهما بجهاتها الشتى بل مراد الفقيه والأصولي ما أخذ قيدا بحسب الجعل والتشريع في مقام الثبوت والإثبات وقالوا أن الزمان في العمومات،

كعموم أوفوا بالعقود مثلا إما قيد للحكم ـ كان يقول أكرم أبدا العلماء ـ أو متعلقه، كان يقول أكرم العلماء أبدا وكل منهما إما بنحو الاستمرار كما في لفظ ابدا ونحوه ومثلا أو بنحو التفريد كما في لفظ كل يوم ونحوه.

وبعبارة أخرى: تكون انحلالا من جهتين من جهة أفراده العرضية وأفراده الطولية بخلاف الاستمرارية فإن انحلاليته تكون بحسب أفراده العرضية فقط.

وتظهر الثمرة بينهما في أنه مع ورود التخصيص على الاستمراري ينقطع الاستمرار ويسقط العام عن الاعتبار رأسا، لعروض الانفصال وجدانا فلا يبقى موضوع للاستمرار قهرا فيجب الرجوع إلى شيء آخر من استصحاب أو غيره بخلاف الثاني لاستقرار الظهور والحجية في جميع الأفراد وخروج بعض الافراد عن العام لا يضر بحجيته في البقية ويجب الرجوع إلى العموم حينئذ ولا يصح الرجوع إلى الاستصحاب لاختلاف الموضوع.

ومع الشك في أن العموم من أيهما يرجع في التعيين إلى القرائن الخارجية ومع عدمها فسياق العموم يدل على الاستمرارية والتفريد عناية زائدة منفية بالأصل، كما أن الإهمال والاجمال مقطوع بعدمهما، واستفادة صرف الطبيعة من حيث هي مخالف لفرض العموم فيتعين استظهار الاستمرارية هذه خلاصة ما يظهر من كلمات شيخنا الأنصاري قدس سره.

وفيه. **أولا**: أن العموم الاستمراري يستلزم الأفرادي أيضاً غاية الأمر أن التفريد في العموم الأفرادي مدلول مطابقي للعام، وفي الاستمراري مدلول التزامي، ولا فرق في اعتبار كل منهما في المحاورات خصوصا في العمومات الواردة لجعل القانون الأبدي الدائمي لا سيما في الوفاء بالعقود والعهود فتسقط الثمرة من هذه الجهة.

وثانيا: أن ما ذكره من أنه في العموم الاستمراري إذا قطع استمراره لا يجوز التمسك به بعده لتحقق الانفصال مخدوش على إطلاقه.

نعم، إذا أحرز أبدية القطع ينقطع الاستمرار مطلقا وفي غيره يصح

الخيار فلا يسقط خياره بذلك (١٢٩).

التمسك بالعموم، لفرض تحقق الاستمرارية فيه، فيؤخذ بالخارج في مقدار دليل الخاص وفي غيره يرجع إلى العام.

نعم، لو كان معنى الاستمرار هو ملاحظة مجموع الزمان من حيث المجموع شيئا واحدا بنحو العام المجموعي لكان قوله رحمه الله صحيحا ولكنه خارج عن مفروض البحث.

وثالثا: ما ذكره في وجه عدم جريان الاستصحاب في مورد الشك فيما إذا كان العام مفرّدا وخصص بمخصص من تعدد الموضوع لا وجه له لأن الموضوع في المقام عنوان المغبون وهو ثابت في الحالين إلا أن يكون المراد عنواني العاجز عن رفع غبنه والقادر عليه فيرجع إلى ما قلناه أولا فلا احتياج إلى هذه التكلفات، فالأصل العملي واللفظي تدل على الفورية.

ولو كان دليل هذا الخيار منحصرا بالإجماع فالمتيقن منه الفورية أيضاً.

وأما لو كان المدرك قاعدة الضرر والأدلة اللفظية فالتمسك بها للتراخي تمسك بالدليل في الموضوع المشكوك لشك العرف والمحاورة في الشمول للتراخي، وكذا لا يصح التمسك بالاستصحاب لإثبات التراخي، للشك في ان أصل الموضوع المشروع فوري أو بالتراخي وهما متباينان عرفا فيكون الاستصحاب من أسراء حكم من موضوع إلى موضوع آخر.

(١٢٩) للإجماع، ولأن الفورية إنما تكون مع عدم العذر المقبول والجهل عذر مقبول والمراد به الغفلة أو الجهل المركب.

وأما الشاك المتردد في الحكم فيمكن أن يلحق بالجاهل، لعدم تمكنه من الفسخ المنجز الفعلي الذي هو المناط في القدرة على الفسخ وان تمكن من الفسخ رجاء ثمَّ السؤال عن حكمه لكن ليس المدار في الإنشائيات عقدا أو حلا

وكذا بالنسبة إلى الناسي [١٣٠]، وكذا لو كان عالما وكان بانيا على الفسخ غير راض بهذا البيع إلا أنه أخر إنشاء الفسخ لغرض صحيح معتبر [١٣١].

نعم، ليس له التواني فيه بحيث يؤدي إلى ضرر الغابن وتعطيل أمر عليه [١٣٢].

(مسألة ٨): لو علم بالغبن ولم يبن على الفسخ ولم يكن بصدده، فبدا له بعد ذلك أن يفسخ سقط خياره ولا حق له في ذلك [١٣٣].

(مسألة ٩): المدار في الغبن على القيمة حال العقد [١٣٤] فلو زادت

على هذا النحو من الإنشاء التعليقي.

(١٣٠) لأنه أيضاً عذر مقبول عرفا وشرعا.

(١٣١) لأنه ليس المراد بالفورية الدقة العقلية بل الفورية المتعارفة عند الناس في أمورهم التي بناؤهم على إتيانها فورا ولا يرون التأخير لأجل الأغراض الصحيحة منافيا لها كما هو واضح.

(١٣٢) لأن أصل إيجاب الفورية إنما هو للتحفظ على مراعاة الغابن وعدم ذهاب حقه، فإذا استلزم التواني فيه ذهاب حقه فلا وجه لجوازه.

(١٣٣) لتحقق التراضي بلا عذر له فيه فيسقط الخيار لا محالة. ثمَّ انه لو ادعى العذر يقبل قوله مع إحراز صدقه وإلا فيكون من موارد المدعي والمنكر لا بد فيه من العمل بموازين القضاء.

(١٣٤) لما تقدم في ال(مسألة السادسة من ان وجود الغبن حين إنشاء المعاملة بنفسه موجب لثبوت الخيار والعلم طريق إليه لا أن يكون له موضوعية في ثبوته. فاللزوم في موقع ثبوت الخيار ضرري لا بد وان يرتفع بالخيار وزيادة القيمة بعد ذلك لا يؤثر في منعه لتمامية علية الخيار فهو ثابت بتمامية علته حدوثا وليست زيادة القيمة من مسقطات الخيار حتى يرتفع بها فالخيار ثابت حدوثا وبقاء لتمامية المقتضى وفقد المانع.

بعده ولو قبل اطلاع المغبون لا يسقط الخيار [١٣٥]، كما انه لو نقص بعده أو زاد لم يؤثر في ثبوته [١٣٦].

(مسألة ١٠): يسقط هذا الخيار بأمور.

أحدهما: اشتراط سقوطه في ضمن العقد [١٣٧]. ويقتصر في

نعم، لو كان منشأ الخيار الغبن المراعى والمعلق على عدم الزيادة لما كان وجه للخيار حينئذ، ولكنه خلاف ظواهر الأدلة، مع أن أصل حدوث المغبونية في المعاملة مطلقا خلاف أغراض العقلاء الذين يهتمون بحفظ شؤونهم وحيثيّاتهم فلا بد وان تكون للمغبون حينئذ السلطة على الخيار تداركا لهذه الجهة.

(١٣٥) لأصالة بقائه وعدم ما يوجب سقوطه إلا إذا ثبت أن أصل ثبوته كان تعليقيا فلا وجه لجريان الأصل حينئذ لكنه خلاف الظاهر.

(١٣٦) لأصالة اللزوم بعد انعقاد العقد بلا خيار ووقوع الزيادة والنقيصة في ملك الطرف.

(١٣٧) لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»[١] مضافا إلى ظهور الإجماع.

وأشكل عليه.

تارة: بأنه تعليق ولا وجه له في العقود.

وأخرى: بأنه مخالف للجزم المعتبر فيها.

وثالثة: بأنه من إسقاط ما لم يجب.

ورابعة: بأنه مناف لمقتضى العقد.

وخامسة: بأنه مستلزم للدور لتوقف لزوم الشرط على لزوم العقد ولزوم العقد عليه.

وسادسة: بلزوم الغرر.

---

(١) سبق في صفحة :٤٦.

السقوط على خصوص ما كانت العبارة ظاهرة فيه (١٣٨).

(مسألة ١١): لو كان المشروط سقوط مرتبة خاصة من الغبن، كالعشر فتبين كونه الخمس لم يسقط الخيار (١٣٩)، بل لو اشترط سقوطه ولو كان فاحشا أو أفحش لا يسقط إلا ما كان كذلك بالنسبة إلى ما يحتمل في مثل

والكل باطل: لأن التعلق على الواقع لا مانع فيه في العقود لا عقلا ولا شرعا، كما لا بأس بعدم الجزم مع إنشاء أصل المعاملة على المتحمل، وإسقاط ما لم يجب إذا كان بلا اقتضاء للثبوت من كل حيثية وجهة فلا وجه له وأما أن كان مع وجود المقتضى ولو في الجملة فلا بأس به يكون مثل التحذر عن الوقوع في خلاف الواقع عند احتماله وليس من مقتضى العقد خيار الغبن حتى يكون شرط عدمه منافيا لمقتضاه بل العقد لا اقتضاء بالنسبة إليه. كما لا وجه للدور، لأن لزوم الوفاء بالشرط استفيد مما دل على أن المؤمنين عند شروطهم خرجت الشروط الابتدائية على فرض صحة الخروج وبقي الباقي، كما لا وجه للغرر، لأن الغرر المنفي انما هو فيما إذا كان في أصل المالية أو فيما يرجع إليها من الصفات، وأما إذا كانت المالية محرزة في الإنشاء المعاملي وكان فيما هو خارج عنها فلا وجه لكونه مانعا حينئذ بل هو واقع في المعاملات كثيرا، مع أن نفي الغرر لم يحصل من ناحية ثبوت الخيار حتى يثبت بسقوطه.

وبالجملة: لا يرى العرف البيع مع هذا الشرط غرريا فلا يصح التمسك بدليل نفي الغرر في المقام لا أقل من الشك في صدقه.

(١٢٨) لاختلاف مراتب الغبن اختلافا كثيرا، ويمكن أن يكون نظر المغبون في اشتراط سقوطه إلى خصوص بعض المراتب دون جميعها، ومقتضى إطلاق أدلة الخيار الثبوت إلا فيما هو المعلوم من موارد السقوط.

(١٣٩) لثبوت الغبن وعدم شمول دليل السقوط له فيكون له الخيار لا محالة.

هذه المعاملة فقط لا أزيد [١٤٠] فلو فرض ان ما اشترى بمائة لا يحتمل فيه أن لا يسوى عشرة أو عشرين وان المحتمل فيه من الفاحش إلى خمسين ومن الأفحش إلى ثلاثين وشرط سقوط الغبن فاحشا كان أو أفحش لم يسقط الخيار إذا كان يسوى عشرا أو عشرين [١٤١].

الثاني: إسقاطه بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن إذا أسقطه على فرض ثبوته [١٤٢]. وهذا أيضاً كسابقه يقتصر فيه على مرتبة من الغبن كانت

---

(١٤٠) لأن للفاحشية والأفحشية أيضاً مراتب متفاوتة بالنسبة إلى مورد المعاملة ولا بد من أن يكون اللفظ الدال على السقوط ظاهرا عرفا إما في التعميم بالنسبة إلى جميع المراتب مطلقا أو في التخصيص ببعضها وإلا يكون مجملا لا اعتبار به.

(١٤١) لإطلاق أدلة الخيار بعد ثبوت الغبن الواقعي وعدم ما يصلح للسقوط لعدم طيب نفسه بهذه المرتبة من الغبن.

وما يقال: من أن الخيار أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذي لا يتسامح فيه ولا تعدد فيه فيسقط بمجرد الاسقاط وليس كحق العرض مختلفا بالنوع فإذا أسقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فبان كونه قذفا فإنه لا يسقط حينئذ لأجل الاختلاف النوعي بينهما.

مدفوع: بأنه لا فرق بين الاختلاف النوعي والفردي من هذه الجهة. فكما أن الاختلاف النوعي في العرض موجب للتقييد يكون الاختلاف الفردي هنا أيضاً كذلك.

نعم، لو كان أصل الإسقاط بعنوان الداعي لا التقييد المحض يسقط في الموردين ولا فرق بينهما على هذا أيضاً. ولو شك في انه من الداعي أو التقييد فالمرجع استصحاب بقاء الملكية في المقام وعدم تأثر الفسخ إلا برضا الطرفين.

(١٤٢) لأن لكل ذي حق إسقاط حقه إلا ما خرج بالدليل، وما مر من

مقصودة عند الاسقاط، فلو أسقط مرتبة خاصة منه كالعشر فبان كونه أزيد لم يسقط الخيار بعد العقد [١٤٣].

(مسألة ١٢): كما يجوز إسقاط هذا الخيار بعد العقد مجانا يجوز المصالحة عنه بالعوض [١٤٤] و لا فرق فيه بين العلم بمرتبة الغبن والجهل بها إذا صرح بالتعميم، بأن يصالح عن خيار الغبن الموجود في هذه المعاملة بأي مرتبة كان [١٤٥]، ولو أطلق وكان للإطلاق منصرف عرفي فبان الخلاف يبطل الصلح [١٤٦]، وكذا لو يكن له منصرف [١٤٧] وكذا لو عين مرتبة خاصة وصالح عن خياره فبان كونه أزيد [١٤٨].

الثالث: تصرف المغبون بعد العلم بالغبن فيما انتقل إليه بما يكشف

المناقشات في المسقط الأول يجري هنا أيضاً مع جوابها فراجع وتأمل، ويصح الصلح عن هذا الاسقاط بعوض أيضاً لوقوع العوض في مقابل دفع معرضية البيع عن ثبوت الخيار وهذا غرض صحيح عقلائي يجوز بذل المال بعوضه ولا يحتاج إلى ضم ضميمة كما عن شيخنا الأنصاري.

(١٤٣) لما تقدم في المسقط الأول بلا فرق في ذلك بينهما.

(١٤٤) لإطلاق أدلة جواز الصلح الشامل للمقام أيضاً، وتقدم انه يصح الصلح على كل ما فيه غرض عقلائي ويأتي تفصيله في محله.

(١٤٥) لوجود المقتضي للصحة وفقد المانع عنها لأن التعميم نوع من التعيين.

(١٤٦) لأن الانصراف المعتبر العرفي كالتعيين، فكما انه لو أوقع الصلح على مرتبة معينة فبان الخلاف لا وجه لصحة الصلح فكذا المقام.

(١٤٧) لأن إسقاط المهمل من كل جهة لا وجه له.

(١٤٨) لأن ما وقع الصلح عليه غير واقع وما هو الواقع لم يرد عليه الصلح فيكون الخيار باقيا في جميع هذه الأقسام.

عن رضاه بالبيع (١٤٩). بأن يتصرف البائع المغبون في الثمن والمشتري المغبون في المثمن فيسقط خياره به خصوصا إذا كان تصرفه بالإتلاف أو بما يمنع الرد كالاستيلاد أو بإخراجه عن ملكه كالعتق أو بنقل لازم كالبيع (١٥٠). وأما تصرفه قبل العلم بالغبن فلا يسقط به الخيار (١٥١).

---

(١٤٩) للأدلة الأربعة فمن الكتاب آية التراضي[١] الكاشفة عن كون اللزوم يدور مدار إحراز الرضا بالعقد على كل تقدير سواء أحرز ذلك من القول أو الفعل، ومن السنة ما ورد في خيار الحيوان بعد العلم بعدم الخصوصية[٢] وأن المناط كله الرضا بالبيع وعدم وجه للتعبدية، ومن الإجماع إجماع الفقهاء بل العقلاء على أن العقد المرضي به على كل تقدير، بلا فرق بين كون الكاشف عن الرضا هو القول أو الفعل، ومن العقل ان فرض الرضا بالعقد والالتزام به على كل تقدير مع فرض الخيار للغبن خلف وهو باطل.

(١٥٠) لأن هذه التصرفات أظهر في الالتزام بالبيع الغبني عن غيرها عرفا، مع انه نسب إلى المشهور سقوط الخيار بمثل هذه التصرفات قبل العلم بالغبن فيكون سقوطه بها بعد العلم به بالأولى.

(١٥١) للأصل بعد عدم دليل عليه، ولكن نسب إلى المشهور سقوطه بالتصرف المخرج عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعتق للإجماع ولعدم إمكان الرد، ولأن المتيقن من مورد الرد وهو رد العين فقط، ولأن التصرف إقدام على الضرر.

والكل باطل: إذ الإجماع غير متحقق والرد بالمثل أو القيمة ممكن.

ودعوى: ان المتيقن هو رد العين أول الدعوى وعين المدعي، وكون

---

(١) سورة النساء: ٢٩ وراجع ما يتعلق بالآية المباركة في ج: ٨ من مواهب الرحمن في تفسير القرآن

(٢) تقدم في صفحة :١٠٦.

كتصرف الغابن فيما انتقل إليه مطلقا (١٥٢).

(مسألة ١٣): لو اطلع البائع المغبون على الغبن وفسخ البيع فإن كان المبيع موجودا عند المشتري باقيا على حاله استرده منه (١٥٣). وان تلف أو أتلفه رجع إليه بالمثل أو القيمة (١٥٤)، وان حدث فيه عيب عنده سواء

التصرف اقداما على الضرر مع الجهل بالظن فساده مما لا يخفى على أحد.

(١٥٢) للأصل بعد عدم دليل عليه من عقل أو نقل ويأتي تفصيله في المسائل الآتية.

(١٥٣) لانحلال العقد بالفسخ ورجوع كل من العوضين إلى مالكه الأول، فيصير المبيع حينئذ ملكا للبائع في يد المشتري ويجب عليه رده إلى مالكه.

ثمَّ إن المغبون إما البائع أو المشتري، أو هما والعين المغبون فيه إما باق على حاله أو تصرف فيه، والتصرف إما في المغبون فيه أو في عوضه أو فيهما وأما أن يكون بما يخرج به عن الملك أو بما يمنع عن الرد كالاستيلاد أو يكون التصرف في المنفعة خاصة أو يوجب تغير العين بالزيادة العينية كغرس الأشجار أو حكمية كقصارة الثوب أو المشوبة كالصبغ، أو يكون بالنقصان كعيب ونحوه أو بالامتزاج بالمثل مساويا كان أو أجود أو أردى، أو يكون بالامتزاج بغير المثل على نحو التمييز أو على نحو الاضمحلال.

ثمَّ انه أما أن يمكن ازالة المانع قبل اعمال الخيار أولا وهذه صور كثيرة ربما تزيد على مأتي صورة نتعرض لعمدة صورها إن شاء الله تعالى ومنها يعلم حكم البقية إذ ليس في جميع هذه المسائل نص خاص ولا دليل مخصوص بل لا بد من إتمامها بحسب القواعد العامة ولا بد وان يذكر ذلك كله في أحكام الخيار لا في المقام ولكن الفقهاء رحمه الله لم يستوفوا تلك المسائل لا في المقام ولا هناك.

(١٥٤) لأصالة بقاء الخيار وعدم تقومه ببقاء العين بل يتحقق بإمكان كان

بفعله أو بآفة سماوية استرده مع أرشه (١٥٥)، وإذا أخرجه عن ملكه بالعتق أو الوقف أو نقله إلى الغير بعقد لازم كالبيع فهو بحكم التلف (١٥٦).

استرداد المالية أيضاً الثابتة في أخذ المثل أو القيمة مع عدم إمكان رد العين والمناط قيمة يوم الدفع والأحوط التصالح والتراضي.

(١٥٥) أما رد العين فلرجوعه إلى مالكه بعد الفسخ. وأما لزوم الأرش فلان الفائت مضمون بجزء من العوض فإذا رد تمام العوض وجب عليه تدارك الفائت ببدله وهو الأرش.

(١٥٦) لوقوع ذلك كله صحيحا مع وجود المقتضى وفقد المانع فمقتضى الأصل صحته وعدم نقضه بإعمال الخيار.

ودعوى: أن الخيار حل للعقد من حين حدوثه فيكشف عن وقوع ذلك كله في غير محله.

فاسد: لأن معنى كون الخيار حلا للعقد أن الالتزام الحاصل بالعقد الذي هو باق بوجوده الاعتباري ينحل بالخيار لا أن صدور العقد يصير كأن لم يكن بالنسبة إلى تمام الآثار إذ لا دليل عليه من عقل أو نقل كيف والمشهور حصول الملكية بمجرد العقد ولو قبل انقضاء زمان الخيار وجواز ترتيب تمام آثار الملكية على الملك الحاصل بالعقد على ما يأتي في أحكام الخيار.

نعم، لو تمَّ ما نسب إلى الشيخ من توقفها على انقضائه لم تقع هذه التصرفات في الملك حتى تصح ملكه.

مخدوش في الخيارات الزمانية فضلا عن مثل الغبن على ما يأتي تفصيله إن شاء الله تعالى في أحكام الخيار.

ان قيل حق الخيار أسبق فلا بد وأن يكون أولى بالمراعاة فتبطل تلك التصرفات من هذه الجهة.

يقال. أولا: حق الخيار والملكية يحصلان بمجرد العقد ولا وجه للسبق

فيرجع إليه بالمثل أو القيمة(١٥٧)، ولو رجعت العين إلى المشتري بإقالة أو عقد جديد فإن كان البائع قد أخذ منه البدل فلا يرجع إليه بالعين (١٥٨)، بل وكذا لو كان قبل أخذ البدل (١٥٩)، ولو كان النقل بما هو غير لازم كالهبة والبيع بالخيار فليس له إلزام المشتري بالفسخ والرجوع وتسليم العين ان أمكن(١٦٠).

(مسألة ١٤): لو نقل منفعة العين إلى الغير بعقد لازم كالإجارة لم يمنع ذلك عن الفسخ (١٦١) كما أنه بعد الفسخ تبقى الإجارة على

واللحوق بينهما.

وثانيا: العرف يرى هذه التصرفات واقعة عن أهلها وفي محلها فتشملها إطلاقات أدلة صحتها.

(١٥٧) لما مر من أن ذلك متعين في مورد التلف فكذا في المقام.

(١٥٨) لانقطاع العلقة بينه وبين المشتري بعد أخذ البدل فمقتضى الأصل عدم تسلطه على المشتري بدفع العين.

(١٥٩) لسقوط حقه عن العين بتحقق النقل اللازم وعوده بعد ذلك يحتاج إلى دليل وهو مفقود إلا إذا ثبت ان السقوط كان ما داميا لا دائميا وهو عين الدعوى وأصل المدعي، ولنا أن نستصحب طبيعي السقوط كما في الكلي المردد بين الطويل والقصير.

(١٦٠) لأصالة عدم حق له على هذا الإلزام بعد ان كان المنساق من أدلة رد العين خصوص ما إذا كان العين باقيا على ملك الطرف، وأما بعد خروجه عنه بالنحو الصحيح الشرعي فيستصحب بقاء ملكيته، وأصالة عدم حق الإلزام لأحد واعمال الخيار وان كان حق المغبون لكنه أعم من رد العين أو البدل إن كان خروج العين عن ملك الغابن بوجه شرعي ولكن الأحوط التراضي.

(١٦١) لأنه لا مانع من تعدد المالك بالنسبة إلى العين والمنفعة فيرجع العين

حالها[١٦٢] و ترجع العين إلى الفاسخ مسلوب المنفعة [١٦٣] و له سائر

بالفسخ إلى المغبون وتبقى المنفعة على ملك المستأجر في مدة الإجارة.

(١٦٢) لأنه إذا ملك شخص العين آنا ما فقد ملك جميع المنافع المتصورة لها مطلقا فيجوز له إجارتها وعقد الإجارة لازم بالأدلة العامة والخاصة. فما نسب إلى المحقق القمي من انفساخ الإجارة بفسخ البيع، مخالف لما دل على لزومها من الأدلة وإن من ملك العين في زمان ملك المنفعة المطلقة ويجوز له التصرف فيها بما شاء.

(١٦٣) لأن مالكها استوفاها والمنافع المستوفاة قبل الفسخ غير مضمونة قطعا والمستوفاة بالإجارة قبل الفسخ كالمستوفاة الحقيقية قبله فلا وجه للضمان فيها.

إن قلت: نعم لا ضمان للمنافع المستوفاة ولكن رجوع العين إلى الفاسخ مسلوبة المنفعة نقص لا بد من تداركه مع اقتضاء قاعدة الضرر ذلك أيضاً.

قلت: مقتضى الفسخ رجوع العين إلى الفاسخ على ما هي عليه حين الفسخ لا حين العقد، ولذا تسالموا على أن المنافع المستوفاة والنماءات المنفصلة لا ترجع إلى الفاسخ وحينئذ فإن لوحظت الإجارة بالنسبة إلى العين بما هو عليه حال العقد يكون ذلك نقصا وان لوحظت بالنسبة إلى حال الفسخ فلا نقص في البين والمفروض ان الإجارة وقعت عن حق واقعي شرعي فلا نقص في البين حتى يلزم تداركه.

وأما قاعدة نفي الضرر فلا وجه لجريانها في المقام لأن الضرر لم يحصل من ناحية تشريع الخيار حتى يرتفع الخيار بالقاعدة وقد حصل استيفاء المنافع في ظرف ملكية المستوفى لها فلا مقتضى للضمان حتى يكون عدم جعل الضمان ضررا من قبل الشارع ويرتفع بالقاعدة.

ان قيل: نعم أن هذا كله مبني على أن ملكية المنافع في ظرف ملكية العين

المنافع غير ما ملكه المستأجر لو كانت [١٦٤]، والأحوط التراضي بينهما بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ إما بأجرة المثل أو بتدارك النقص ولا تفاوت بينهما غالبا [١٦٥].

(مسألة ١٥): بعد ما فسخ البائع المغبون لو كان المبيع موجودا عند المشتري ولكن تغير بتصرفه فاما أن يكون بالنقيصة، أو بالزيادة، أو بالامتزاج، فإن كان بالنقيصة أخذه مع الأرش [١٦٦]، وإن كان بالزيادة فاما أن تكون صفة محضة كطحن الحنطة وقصارة الثوب وصياغة الفضة، أو صفة مشوبة بالعين كالصبغ، أو عينا محضا كالغرس والزرع والبناء.

أما الأول: فإن لم يكن للزيادة دخل في زيادة القيمة يرجع إلى العين

ملكية أبدية دائمية ولا نسلم ذلك بل هي ملكية ما دامية أي: ما دامت العين في ملك المالك فتنفسخ الإجارة بانفساخ ملكية العين لا محالة.

يقال: ملكية المنفعة في ظرف ملكية العين ما دامية مما لا يدل عليه دليل عقلي ولا نقلي بل يظهر منهم الإجماع على الخلاف، ولذا تسالموا على عدم بطلان إجارة الأعيان بموت الموجر، فما هو المشهور في المقام من رجوع العين إلى الفاسخ مسلوب المنفعة في مدة الإجارة هو المنصور.

(١٦٤) لأنها تابعة للعين فلا بد من رجوعها إليه بالفسخ لوجود المقتضى وفقد المانع.

(١٦٥) لأن ال(مسألة خلافية والاحتياط حسن في الاتفاقيات فضلا عن غيرها.

(١٦٦) لأن أخذ تمام العوض ملازم لرد تمام المعوض إن كان موجودا بالتمام ولا يتحقق ذلك إلا بتدارك الفائت ببدله وهو الأرش هذا إذا أوجبت النقيصة نقصا ماليا عرفا وإلا أخذ نفس العين بلا أرش لفرض عدم النقيصة المالية حتى يتدارك بالأرش.

و لا شيء عليه[١٦٧] كما أنه لا شيء على المشتري [١٦٨]. وأما لو كان لها دخل في زيادة القيمة يرجع إلى العين [١٦٩] و تكون زيادة القيمة للمشتري[١٧٠] فيأخذ البائع العين ويدفع إليه زيادة القيمة [١٧١] والأحوط التراضي [١٧٢] و قد يكون بعض مراتب السمن والنمو في الشجر والزرع داخلا في ما نحن فيه [١٧٣]، ولو حصلت الزيادة في ملك الغابن ثمَّ زالت ففسخ المغبون بعد زوالها لا شيء عليه [١٧٤]. كما أنها لو

---

(١٦٧) لفرض أن الزيادة غير موجبة لزيادة القيمة، مع أن ما عمله المشتري إنما عمله في ملكه وماله ولنفسه وما كان كذلك غير مضمون على غيره فلا وجه للرجوع على البائع.

(١٦٨) لفرض عدم حصول نقص في العين حتى يجب عليه التدارك.

(١٦٩) لصيرورته ملكا له بالفسخ فيرجع إلى ملكه.

(١٧٠) لأن المالية الزائدة في العين تختص بمن أحدثها فيه.

(١٧١) لأن اشتراكه في العين لا وجه له، لاختصاص العين بمالكها بعد الفسخ والشركة في المالية تابعة للشركة في العين فإذا كانت الثانية باطلة لا موضوع للأولى أيضاً.

نعم، هذه الزيادة نحو صفة توجب زيادة القيمة فلا بد للفاسخ من تداركها إما بدفع زيادة القيمة أو بأن يتراضيا على بيع العين مع كون الغابن شريكا في القيمة بالنسبة مع المغبون.

(١٧٢) لأنه حسن في كل حال خصوصا مع اختلاف الوجوه.

(١٧٣) لكونه من الوصف الموجب لزيادة القيمة. ثمَّ انه لا فرق في حصول الوصف الموجب لزيادة القيمة بين أن يكون بفعل الغابن أو بفعل الله تعالى أو بفعل الأجنبي.

(١٧٤) لأصالة البراءة عن وجوب شيء عليه.

زالت بعد دخولها في ملك الغبن بالفسخ وجب التدارك عليه [١٧٥].

وكذا الثاني: وهو ما لو كانت الزيادة صفة مشوبة بالعين كالصبغ فيأخذ البائع العين ويدفع إليه زيادة القيمة [١٧٦].

وأما الثالث: وهو ما إذا كانت الزيادة عينا محضا فيرجع البائع إلى المبيع [١٧٧] و يكون الغرس والزرع والبناء للمشتري [١٧٨].

---

(١٧٥) لاستصحاب بقاء الزيادة في ملكه.

(١٧٦) لجريان جميع ما قلناه في الوصف الموجب لزيادة القيمة هنا من غير فرق. بل قيل: ان هنا أولى لشوب العينية.

ولكنه مخدوش: لأن مثل هذه العينية في حكم التلف عرفا فيكون من مجرد الوصف الموجب لزيادة القيمة كما في القسم السابق والاحتياط السابق يجري في هذا القسم أيضاً.

(١٧٧) لصيرورته ملكا له بعد الفسخ.

(١٧٨) لفرض ان كل ذلك إما عين ماله أو نماء ماله فمقتضى قاعدة السلطنة التي هي من القواعد النظامية العقلائية تسلطه على ماله والمفروض أن إحداث هذه الزيادة وقع من أهله وفي محله فلا عدو ان لا في نفس العين ولا في نمائها وليس له سلطنة الإبقاء، لأنه سلطنة على مال الغير، مع انه يوجب تضرر المغبون وقاعدة الضرر حاكمة على قاعدة السلطنة. كما انه ليس للغابن سلطنة القلع لأنه أيضاً سلطنة على مال الغير ويوجب تضرر المغبون فلا بد من الجمع بين السلطنتين بحسب القواعد المعتبرة فكل من المالكين يملك ذات ماله من دون حصول ضرر على الآخر فلكل منهما تخليص ماله عن مال صاحبه مع ملاحظة عدم تضرر الآخر، فإن أراد مالك الغرس ذلك فعليه طم الحفر وإن أراد مالك الأرض ذلك فعليه أرش الغرس أي: تفاوت ما بين كون منصوبا دائما وكونه مقطوعا للجميع بين قاعدة السلطنة وقاعدة الضرر التي هي من أهم القواعد

المعتبرة وهذا هو الذي يقتضيه العدل والإنصاف المبني عليه الشريعة في عباداته ومعاملاته.

إن قلت: إذا كانت خصوصية النصب إلى ما تقتضيه العادة مستحقة للغابن فلا وجه لاستحقاق المغبون للقلع أصلا لأنه مناف لاستحقاق الغابن لتلك الخصوصية ويكون القلع حينئذ ضررا فيندفع بقاعدة نفي الضرر.

قلت: لا وجه لهذا الإشكال أصلا لفرض أن مالك الغرس يملك هذه الخصوصية بشرط عدم تضرر الآخر ومع فرض تضرره لا بد له من جبرانه، وكذا مالك الأرض يملك خصوصية تفريغ أرضه بشرط عدم تضرر لا بد له من تداركه وهذا الشرط حصل من نتيجة الجمع بين الحقين.

إن قلت: إن الغرس في الملك المتزلزل بالخيار إسقاط لاحترام المال بالاختيار فلا يكون القطع حينئذ ضرريا حتى يدفع بقاعدة نفي الضرر والضرار.

قلت: الإقدام على هتك المال إما قصدي أو انطباقي والأول مفروض العدم والثاني كذلك أيضاً، إذ العرف لا يحكم بهتك المال مع كثرة اهتمام الشارع والعقلاء بعدم الضرر والإضرار بالغير مع كون أصل التصرف بالحق شرعا وعرفا فالمقام مثل من يأكل شيئا ويمرض ثمَّ يعالج فليس هذا اقداما على الضرر حتى مع العلم بأنه يمرض ويعالج.

إن قلت: ان للغابن استيفاء المنفعة الأبدية عن ملكه في ظرف كونه مالكا للعين وبالغرس استوفى تلك المنفعة فليس للمغبون قلعه كما مر في الإجارة من انه لو استوفى المنفعة بالإجارة تصح الإجارة ولو بعد الفسخ فكذا المقام.

قلت: استيفاء المنفعة الأبدية إما حقيقي أو اعتباري دفعي والثاني مفروض العدم في المقام لفرض عدم الإجارة وكذا الأول، لأن نمو الغرس تدريجي لا يمكن أن يكون دفعيا فحدوث الغرس كان من أهله وفي محله لكن منافعه التدريجية وما وقع منها بعد الفسخ لا وجه لأن يستحقها المفسوخ عليه لأنها ملك الفاسخ وقد تجددت في ملكه فله حق مطالبة عوضها فلا وجه لقياس

أحدهما مع الآخر.

نعم، لو آجر المشتري الأرض مدة معلومة لغيره للغرس فغرس المستأجر يكون من المقام حينئذ.

إن قلت: إذا كان مقتضى القاعدة جواز إبقاء المشتري بالأجرة وجواز قلع البائع مع تدارك الضرر فليكن في التفليس أيضاً كذلك فإذا أوجد المفلس عينا من غرس أو بناء فيما اشتراه ثمَّ حجر عليه ورجع مالك العين فيجوز للبائع الفاسخ قلع الغرس مع الأرش مع انه نسب إلى الأكثر عدم الجواز حينئذ.

قلت: ذهاب الأكثر أو المشهور ليس دليلا يعتمد عليه.

نعم، لو تحقق إجماع على خلاف القاعدة يعتمد عليه، مع انه يمكن الفرق بين المفلس وبين المقام بأن الأول طرء الفسخ على العقد اللازم وفي المقام يكون العقد خياريا من أول حدوثه.

ثمَّ ان دخول ملك في ملك آخر إما أن يكون بالباطل حدوثا وبقاء كما إذا غرس شخص أو بنى في ملك الغير بغير إذنه ولم يرض صاحب الأرض بالبقاء فلا حرمة لمثل هذا الغرس ويخرب البناء أبدا إذ«لا حرمة لعرق ظالم» ويجوز لصاحب الأرض أن يقلع الغرس ويخرب البناء بلا شيء عليه. وأما أن يكون بالحق حدوثا وبقاء كما إذا غرس أو بنى الولد في ملك والده مثلا بإذنه فمات الوالد وانتقل الملك إلى الولد وقد وقع الغرس والبناء من أهله وفي محله حدوثا وبقاء، وأما أن يكون الحدوث بالباطل والبقاء بالحق كما إذا غرس في ملك الغير بغير إذنه ثمَّ تراضيا بالبقاء بعوض أو بدونه، وأما أن يكون الحدوث بحق والبقاء بالباطل كما في المقام وقد مر حكمه ولا نص ولا إجماع معتبر في جملة هذه الصور ولا بد من إتمامها بالقواعد ويأتي ما يتعلق بها في الأبواب المختلفة ويأتي تفصيل ذلك كله في المواضع المناسبة إن شاء الله تعالى.

وليس للبائع إلزامه بالقلع أو الهدم ولو بالأرش [١٧٩] و لا إلزامه بالإبقاء ولو مجانا [١٨٠]، كما إنه ليس للمشتري حق الإبقاء مجانا وبلا اجرة [١٨١] فعلى المشتري إما إبقاؤها بالأجرة وإما قلعها مع طم الحفر وتدارك النقص الوارد على الأرض [١٨٢] و للبائع إلزامه بأحد الأمرين [١٨٣] لا خصوص أحدهما [١٨٤]، وكلما اختاره المشتري من الأمرين ليس للبائع الفاسخ منعه [١٨٥].

نعم، لو أمكن غرس المقلوع بدون أن يحدث فيه شيء إلا تبدل المكان فقط فللبائع إلزامه به [١٨٦]

---

(١٧٩) لقاعدة نفي الضرر بعد أن كان أصل الحدوث والاحداث بالحق، ولأصالة عدم ثبوت هذا الحق له.

(١٨٠) لأصالة عدم سلطنته وولايته له على ذلك بل هو المسلط على ماله إن شاء أخذه مع طم الحفر وإن شاء تركه بالاسترضاء.

(١٨١) لما مر من أن الحدوث وإن وقع بحق ولكنه لا حق له في الإبقاء والبقاء لا حقيقة ولا اعتبارا.

(١٨٢) لأنه من الجمع بين الحقين وإعمال العدل والانصاف في البين.

(١٨٣) لأن هذا من فروع الولاية على ماله والمفروض ثبوت أحد الأمرين للمشتري شرعا فهو إلزام بالحق على الحق.

(١٨٤) لأنه إلزام بغير حق بعد كون المشتري مخيرا بين الأمرين شرعا وعدم لزوم ضرر على البائع، لأنه يتدارك الضرر الوارد عليه مطلقا.

(١٨٥) لفرض تخير المشتري بين الأمرين وانه يتدارك الضرر الوارد على البائع على كل من التقديرين.

(١٨٦) لجريان قاعدة السلطنة بالنسبة إلى البائع حينئذ بلا معارضة لقاعدة

و الزرع مثل الغرس فيما مر [١٨٧].

وأما الامتزاج فإن كان بالجنس تتحقق الشركة بحسب الكمية [١٨٨] وإن كان بالأردى أو الأجود لكن مع أخذ الأرش في الأول وإعطاء زيادة القيمة في الثاني [١٨٩] و الأحوط التراضي [١٩٠]، وإن كان الامتزاج بغير الجنس فإن حكم أهل الخبرة بأنه مثل التلف فيرجع إلى المثل أو القيمة [١٩١] و إلا فتثبت الشركة في القيمة أو في العين بنسبة القيمة [١٩٢].

(مسألة ١٦): لو كان المغبون هو المشتري فيجري فيه جميع ما تقدم

الضرر لفرض عدم تضرر المشتري بالقلع والغرس في مكان آخر.

(١٨٧) لاشتراكهما في أن إبقاءه ضرر على مالك الأرض وقلعه ضرر على مالك الزرع فلا بد من الجمع بين الحقين بما يرتفع به الضرر من البين ومجرد كون مدة اشتغال الأرض بالزرع أقل من اشتغالها بالغرس لا يوجب الفرق بينهما من حيث أصل التضرر فإن قليله وكثيره مرفوع.

نعم، عند المعارضة يجب تقديم الأقل ضررا كما ثبت في محله.

(١٨٨) لأنهما مالان ومن جنس واحد اختلطا فلا محالة تثبت الشركة.

(١٨٩) أما أصل الشركة فلفرض كون المالين من جنس واحد وأما أخذ الأرش وإعطاء زيادة القيمة فلقاعدة نفي الضرر.

(١٩٠) خروجا عن خلاف من قال بالشركة في القيمة لا في العين وان كان لا دليل له عليه.

(١٩١) لفرض صدق التلف عليه عند أهل الخبرة.

(١٩٢) لعدم صدق التلف واختلاط المالين فلا بد من الشركة في المالية أو في العين والأحوط التراضي كما في صورة تردد أهل الخبرة في أنه من التلف أو من الاختلاط فلا بد حينئذ من التصالح.

فيما إذا كان المغبون هو البائع من غير فرق [١٩٣].

(مسألة ١٧): إذا كان العوض شيئين ـ ثمنا أو مثمنا ـ صفقة واحدة له التبعيض في الفسخ [١٩٤]. وللطرف أيضاً خيار تبعّض الصفقة [١٩٥].

(مسألة ١٨): يجري خيار الغبن في جميع المعاوضات المالية إلا ما أحرز أن بناءها على المسامحة [١٩٦].

الخامس: خيار التأخير: وهو فيما إذا باع شيئا ولم يقبض المبيع ولا تمام الثمن فإنه يلزم البيع ثلاثة أيام فإن أتى المشتري بالثمن فهو أحق بالسلعة وإلا فللبائع فسخ المعاملة [١٩٧]. وقبض بعض المبيع أو

---

(١٩٣) لأنه لا نص بالخصوص في المقام بل لا بد من تطبيق هذه الفروع على القواعد ومقتضاها عدم الفرق بين كون المغبون هو البائع أو كونه هو المشتري.

(١٩٤) لعموم أدلة خيار الغبن وإطلاقها الشامل لهذه الصورة أيضاً.

(١٩٥) لقاعدة نفي الضرر، ولأنه من الجمع بين الحقين.

(١٩٦) لقاعدة نفي الضرر، والظاهر أن ذكر البيع في معاقد الإجماعات من باب أنه أهم المعاوضات لا من باب الخصوصية. هذا مع ان بناء الناس على عدم التغابن في الأموال عام بالنسبة إلى جميع المعاوضات المالية.

نعم، ما بنى على التسامح لا موضوع لخيار الغبن فيه بالمقدار المتسامح فيه ولعل منه بعض أقسام الصلح.

(١٩٧) لنصوص مستفيضة، مضافا إلى ظهور الاتفاق والإجماع، وقاعدة نفي الضرر في الجملة، مع ان عرف الناس يرون لزوم مثل هذه المعاملة مطلقا مستنكرا وضررا فأصل الخيار عقلائي والتحديد بكونه بعد ثلاثة أيام شرعي فلا موضوع لجملة من الأبحاث والإشكالات في المقام مضافا إلى أن فعلية التسليم للعوضين في المعاملات الحالية من قبيل الشروط الضمنية المرتكزة في أذهان

الناس، قال علي بن يقطين: «سألت أبا الحسنعليه السلام: عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن قال ع: فإن الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما»(١) وفي صحيح زرارة عن أبي جعفرعليه السلام قال: «قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثمَّ يدعه عنده فيقول: حتى آتيك بثمنه قالعليه السلام: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له»(٢) وفي موثق ابن الحجاج قال: «اشريت محملا فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه ثمَّ احتبست أياما جئت إلى بائع المحمل لآخذه فقال: قد بعته فضحكت ثمَّ قلت: لا والله لا أدعك أو أقاضيك فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم فأتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال أبو بكر بقول من تريد أن أقضي بينكما؟ بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي قال سمعته من أشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له»(٣) وفي موثق ابن عمار عن العبد الصالحعليه السلام: «من اشترى بيعا فمضت ثلاثة أيام ولم تجيء فلا بيع»(٤)

وأما موثق ابن يقطين قال: «سألت أبا الحسنعليه السلام عن رجل اشترى جارية وقال: أجيئك بالثمن فقالعليه السلام: «إن جاء فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له»(٥) شاذ يردّ علمه إلى أهله.

والمنساق من الأخبار المتقدمة نفي البيع المتعارف المعهود بين الناس وهو البيع اللازم، وأما نفي أصل الصحة كما نسب إلى الشيخ رحمه الله وغيره فهو خلاف السياق وإن كانت كلمة«لا» ظاهرة في نفي الحقيقة ولكنه مسلم فيما إذالم يكن عرف خاص على الخلاف بل يمكن أن يقال: أن كثرة استعمال كلمة «لا» في نفي الأثر أظهر من استعمالها في نفي الحقيقة فيكون المقام من تقديم الأظهر على الظاهر، مع أن الشيخ الذي هو الأصل لهذا القول رجع إلى قول المشهور.

وأما احتمال انفساخ العقد شرعا كانفساخه بتلف المبيع قبل القبض أو

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) الوسائل باب: ٩ من أبواب الخيار حديث: ٣ و ١ و ٢ و ٤ و ٦.

الثمن كلا قبض [١٩٨].

بطلان البيع رأسا بعد الثلاثة فلا وجه لهما بعد استظهار عدم اللزوم من هذه الأخبار كما مر.

ويشترط في هذا الخيار أمور.

الأول: عدم قبض المبيع، ويدل عليه مضافا إلى دعوى الإجماع الملازمة الغالبية بين عدم قبض الثمن المنصوص به فيما تقدم من النصوص وعدم قبض المبيع، وقولهعليه السلام في خبر ابن يقطين «فإن قبض بيعه» فإن استعمال المصدر بمعنى اسم المفعول شائع خصوصا مع وجود قرينة عليه في المقام وهو لفظ «القبض» فلا وجه لما يظهر من صاحب الجواهر من عدم اعتبار عدم قبض المبيع، ويشهد له اشتمال السؤال فيه على عدم قبض المبيع فإنه وإن لم يصح الاستدلال بالسؤال ولكنه لا يخلو عن شهادة لما قلناه.

واحتمال التشديد فيه فيكون بمعنى قبض البائع الثمن خلاف الظاهر يحتاج إلى قرينة وهي مفقودة فإن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر جدا.

الثاني: عدم قبض تمام الثمن، ويدل عليه النصوص التي تقدم التعرض لها.

الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين، للإجماع على اعتبار هذا الشرط، مع أنه المنساق عرفا من النصوص في هذا الحكم المخالف للأصل فلا وجه لخيار التأخير في السلف والنسية، مع أنه لا وجه لخيار التأخير فيهما من جهة أخرى وهي قبض الثمن في الأول وقبض المثمن في الثاني.

(١٩٨) لأن ظاهر قولهعليه السلام في موثق ابن يقطين المتقدم: «فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما» هو قبض تمام المبيع، وكذا قولهعليه السلام: «من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له» فإنه ظاهر في تمام ما وقع عليه البيع من الثمن، وكذا غيره من سائر الأخبار، ويشهد له خبر ابن الحجاج المصرح فيه

بأنه أعطى بعض الثمن فإنه وإن وقع في كلام السائل لكن لا يخلو عن شهادة كما تقدم، على أن المتعارف كان قبض تمام المبيع إلا أن يكون شرط على الخلاف في البين والخيار إنما تثبت عند تخلف هذا المتعارف.

إن قيل: يمكن دعوى الانصراف إلى صورة عدم قبض شيء من العوضين.

يقال: لا وجه له، مع ان المعاوضات الواقعة بين الناس إنما تقع مع قبض تمام العوضين حالا إلا مع التراضي على الخلاف.

ودعوى: أن المرجع في صورة الشك أصالة اللزوم، لا ينفع مع ظهور الأخبار في الخلاف. وأما احتمال تبعيض الخيار فلا خيار بالنسبة إلى ما قبض ويثبت بالنسبة إلى ما لم يقبض فهو خلاف الأغراض المعاملية وخلاف المنساق من الأدلة لا يصار إليه إلا مع وجود القرينة عليه وهي مفقودة.

(مسألة ١): يثبت هذا الخيار فيما إذا كان المبيع عينا شخصيا [١٩٩]، بل وفي الكلي الذمي أيضاً [٢٠٠] و الأحوط أن يكون الفسخ برضا

---

(١٩٩) نصا وإجماعا بلا خلاف من أحد، وكذا في الصاع من صبرة لأن الكلي في المعين كالعين الخارجي في جملة من الجهات.

(٢٠٠) البحث في هذه المسألة.

تارة: بحسب الأصل.

واخرى: بحسب المرتكزات.

وثالثة: بحسب الروايات.

ورابعة: بحسب الكلمات.

أما الأول: فمقتضى الأصل اللزوم عند الشك في ثبوت الخيار كما أثبتنا ذلك في أول الخيارات فراجع.

وأما الثاني: فتسليم العوضين من البيوع الحالة بعد وقوعها من أهم الأغراض العقلائية المعاملية النوعية التي يعتنون به نحو اعتنائهم بأصل مالهم بلا فرق في ذلك بين الشخصيات والكليات فتكون هذه الجهة كسائر الجهات الموجبة للخيار لديهم ومن أخر ذلك فقد ضيق سلطنة المالك على ماله وهو في نفسه نحو ضرر فلا بد من تداركه بالخيار فلا وجه للتمسك بالأصل مع هذا المرتكز.

وأما الثالث: فقد ذكر فيها البيع أي المبيع، والشيء والمتاع وشمول كل ذلك للكلي مما لا ينكر.

نعم، رواية ابن الحجاج المتقدمة ظاهرة في العين الشخصي بقرينة قوله:

الطرفين [٢٠١]، ولا فرق في الثمن بين أن يكون معينا أو كليا [٢٠٢].

(مسألة ٢): لا فرق في ثبوت الخيار بينما إذا كان عدم القبض لعذر أولا[٢٠٣] و لو قبض أحد العوضين دون الآخر فلا خيار [٢٠٤]، وكذا لو بذل المشتري الثمن ولم يأخذه البائع أو بالعكس [٢٠٥].

(مسألة ٣): يعتبر في القبض المسقط للخيار أن يكون جامعا

وتركته عند صاحبه» ولكنه في سؤال السائل فليس مخصصا للحكم.

وأما الأخير: فقد نقل الشيخ في مكاسبه جملة من أقوالهم مستظهرا منها الاختصاص لكن الشهيد لم ينسبه إلا إلى الشيخ مع أن المدار على الدليل لا على كلمات الأصحاب ما لم يصل إلى الإجماع المعتبر وهو ممنوع.

(٢٠١) للخروج عن خلاف من ذهب إلى اختصاص خيار التأخير بما إذا كان المبيع شخصيا دون ما إذا كان كليا ذميا.

(٢٠٢) لما مر في المبيع وادعى القطع في الجواهر بعدم الفرق بينهما في الثمن.

أقول: ولم أر مخالفا في ذلك وهذا يشهد لعدم الفرق بينهما في المبيع أيضاً.

(٢٠٣) لإطلاق الأدلة الشامل لكل منهما.

(٢٠٤) لأصالة اللزوم بعد خروجه عن مورد الأدلة.

(٢٠٥) لأن الخيار نحو إرفاق بالنسبة إلى من عطل حقه ولا وجه للإرفاق في المقام، مضافا إلى أصالة اللزوم بعد خروجه عن منصرف الأدلة أو الشك في شمولها له.

للشرائط، فلو كان فاقدا لبعضها لا يسقط به الخيار [٢٠٦].

(مسألة ٤): ليس هذا الخيار على الفور [٢٠٧]. فلو أخر الفسخ لم يسقط الخيار إلا بإحدى المسقطات.

(مسألة ٥): يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد [٢٠٨]، وبإسقاطه بعد الثلاثة [٢٠٩]، بل وكذا يسقط بإسقاطه قبلها أيضاً [٢١٠]، ويسقط أيضاً بأخذ الثمن بعد الثلاثة بعنوان الاستيفاء [٢١١]

---

(٢٠٦) لأن ذلك هو المنساق من القبض في كل مورد اعتبر فيه والقبض الفاقد لبعض الشرائط كالعدم فيشمله إطلاق الأخبار الدالة على الخيار مع عدم القبض ويأتي التفصيل في أحكام القبض.

(٢٠٧) لظهور قوله عليه السلام في صحيح زرارة «فلا بيع له» [١] في الإطلاق مضافا إلى استصحاب بقاء الخيار.

(٢٠٨) لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط، وقد تقدم ما يتعلق به من البحث في الخيارات السابقة فراجع. لأن الدليل والإشكال والجواب واحد في الجميع والمتعارف بين الناس انه يكفي في الإسقاط معرضية الثبوت عرفا ولا يحتاج إلى التحقق الخارجي.

(٢٠٩) لوجود المقتضى وفقد المانع حينئذ من كل جهة فتشمله قاعدة ان لكل ذي حق إسقاط حقه ما لم يدل دليل على الخلاف.

(٢١٠) لما مر مكررا من كفاية المعرضية للثبوت في الإسقاط والسقوط عرفا فلا يكون من إسقاط ما لم يجب.

(٢١١) لأنه إمضاء فعلى للمعاملة وإسقاط فعلى للخيار فلا وجه لبقاء الخيار بعد ذلك.

---

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب الخيار حديث: ١.

لا بعنوان آخر كالعارية وغيرها [٢١٢]، ولا يسقط بمطالبة الثمن إلا إذا كانت قرينة معتبرة في البين دالة على إنها كاشفة عن الرضا [٢١٣]. ولا يسقط ببذل المشتري الثمن بعد الثلاثة قبل فسخ البائع [٢١٤].

(مسألة ٦): لا يشترط في ثبوت خيار التأخير عدم خيار آخر في البين سواء كان مشتركا بين المتعاقدين أو مختصا بأحدهما شرطا كان أو غيره وسواء كان قبل الثلاثة أو حينه أو بعده أو استمر من أول العقد إلى بعد الثلاثة [٢١٥].

---

(٢١٢) لأصالة بقاء الخيار بعد كون هذا النحو من الأخذ أعم من الإمضاء.

(٢١٣) لأن مجرد المطالبة أعم من الرضا إذ يمكن أن يكون لأجل اختبار حال المشتري أو غيره من الأغراض الصحيحة.

(٢١٤) للأصل بعد عدم دليل على السقوط بذلك.

(٢١٥) لأن الخيارات المتعددة حصص خاصة من أقسام الخيار ولا تنافي بين تلك الحصص في حد ذاتها ولا بين الأغراض المعاملية المتعلقة بها، ويمكن أن يتعلق بكل واحد منها غرض خاص حتى مع إمكان تحصيل ذلك لغرض من خيار آخر، لأن تعدد أنحاء السلطنة ومناشئها مرغوب فيه عند العقلاء كما يمكن أن يتعلق بكل واحد منها غرض خاص حتى مع إمكان تحصيل ذلك لغرض من خيار آخر، لأن تعدد أنحاء السلطنة ومناشئها مرغوب فيه عند العقلاء كما يمكن أن يتعلق بكل واحد منها أغراض متعددة وهذا واضح لمن راجع وجدانه فما هو المعروف من أن خيار التأخير ثابت حتى مع وجود خيار آخر مطلقا صحيح لا اشكال فيه.

إن قيل: مع إمكان تدارك البائع ضرره بخيار الشرط مثلا يكون جعل خيار التأخير له لغوا وباطلا.

يقال: لا اختصاص لهذا الإشكال بالمقام بل يجري في كل مورد جمع فيه

(مسألة ٧): المراد بالثلاثة أيام هو بياض اليوم [٢١٦] و لا يشمل الليالي [٢١٧]، ولكن الليلتين المتوسطتين داخلتان [٢١٨] فلو أوقع البيع في أول النهار يكون آخر الثلاثة غروب النهار [٢١٩].

نعم، لو وقع في الليل تدخل الليلة الأولى أو بعضها في المدة [٢٢٠]، ويكفي التلفيق [٢٢١]. فلو وقع البيع في أول الزوال يكون مبدأ

خياران أو أكثر والجواب عنه ما أشرنا إليه من أن نفس تعدد منشأ السلطة على حل العقد مرغوب اليه خصوصا في بعض المعاملات ومع بعض الأشخاص هذا مع إطلاق أدلة الخيارات مطلقا وأصالة عدم مانعية بعضها عن بعض،

وصحة اجتماع حقوق متعددة ولو من حيثيات مختلفة. هذه خلاصة ما ينبغي أن يقال في المقام، ومن أراد التفصيل بأزيد من ذلك فعليه بمراجعة ما كتبه

شيخنا الأنصاري في المقام ثمَّ حواشي مشايخنا العظام لعله يظفر بفائدة أخرى من إفادات هؤلاء الأعلام قدس سره.

(٢١٦) لأنه المنساق من اليوم عند الإطلاق في المحاورات، مع ظهور الاتفاق شرعا ولغة.

(٢١٧) لخروجها عن إطلاق اليوم عرفا، وشرعا، ولغة.

(٢١٨) للاستمرار المتفاهم اعتباره من الأدلة ولا يتحقق ذلك إلا بدخولهما كما في ثلاثة الحيض، وخيار الحيوان ونحوهما مما يعتبر فيه الاستمرار.

(٢١٩) لخروج الليلة الأولى والأخيرة عن الأيام الثلاثة ودخول المتوسطين ولا يكون ذلك إلا بما ذكرناه.

(٢٢٠) لأنه لا معنى للاستمرار المعتبر فيه إلا ذلك.

(٢٢١) لأنه لا يتصور وجه معتبر لاعتبار الموضوعية الخاصة في اليوم التام وإنما ذكرت الأيام في نظائر المقام من باب كونها طريقا لكمية خاصة من الزمان وهي متحققة في التلفيق كتحققها في اليوم التام.

الخيار بعد زوال اليوم الرابع وهكذا.

(مسألة ٨): لا يثبت هذا الخيار في غير البيع من سائر المعاملات [٢٢٢].

(مسألة ٩): لو رضي البائع بالتأخير ـ أو ضمن الثمن ضامن عن المشتري ـ فلا خيار [٢٢٣].

(مسألة ١٠): لو اختلفا في مضي الثلاثة فالقول قول المشتري [٢٢٤]، ولو اختلفا في كون العقد حالا أو مؤجلا أو تحقق القبض وعدمه فالقول قول البائع [٢٢٥].

(مسألة ١١): لو تلف المبيع كان من مال البائع [٢٢٦] في الثلاثة

نعم، لو كانت قرينة خاصة في البين دالة على تعين اليوم التام بالخصوص يتعين ولكنها مفقودة مع اختلاف وقوع العقود في الخارج بحسب الزمان وغلبة عدم وقوعها مقارنا لطلوع الشمس، وقد مر في مباحث الحيض وخيار الحيوان بعض ما يناسب المقام فراجع.

(٢٢٢) لأصالة اللزوم بعد اختصاص الأخبار بالبيع.

نعم، لو كان في البين غبن يثبت الخيار من تلك الجهة فيها.

(٢٢٣) لعدم الموضوع له في الصورتين.

(٢٢٤) لاستصحاب البقاء، سواء كان ذلك من جهة الاختلاف في مبدأ العقد أو من جهة أخرى.

(٢٢٥) للأصل ما لم تكن قرينة على خلافه.

(٢٢٦) للنص، والإجماع، ففي النبوي المعمول به: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»[١] ورواية ابن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى

---

(١) مستدرك الوسائل باب: ٩ من أبواب الخيار.

و بعدها (٢٢٧).

(مسألة ١٢): إذا باع ما يسرع إليه الفساد بحيث يفسد لو صار بائتا ـ كالبقول، وبعض الفواكه واللحم في بعض الأمكنة والأوقات ونحوها ـ وبقي عنده وتأخر المشتري من أن يأتي بالثمن ويأخذ المبيع فللبائع

متاعا من رجل وأوجبه غير إنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال: آتيك غدا إن شاء الله فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله»[١]

(٢٢٧) لإطلاق ما مر من الحديثين، وإطلاق معقد الإجماع، والمشهور عدم الفرق في كونه على البائع بين ما إذا كان التلف في الثلاثة أو بعدها، وعن الخلاف دعوى الإجماع عليه.

ونسب إلى جمع من القدماء أن التلف في الثلاثة من المشتري، واستدلوا عليه.

تارة: بالإجماع.

واخرى: بقاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له.

وثالثة: بقاعدة الخراج بالضمان يعني: من يكون المال ملكه ومنافعه له يكون التلف عليه أيضاً ولا ريب في ان المبيع ملكه ومنافعه للمشتري فلا بد وإن يكون تلفه عليه.

والكل مخدوش: أما الإجماع فموهون.

بدعوى: الإجماع على الخلاف وفتوى المشهور بعدم الفرق بين كون التلف في الثلاثة أو بعدها.

وأما قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له فلا مجرى لها في

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الخيار.

الخيار قبل أن يطرأ عليه الفساد فيفسخ البيع ويتصرف في المبيع كيف يشاء (٢٢٨).

المقام تخصصا لأن القاعدة فيما إذا تحقق القبض والمفروض في المقام عدمه، مع أن موردها أن تزلزل الملك المنتقل إلى ذي الخيار هو الموجب لكون تلفه من مال غير ذي الخيار كما في الحيوان المشترى، فإن ملك المشتري له متزلزل فتلفه يكون من البائع وأما إذا لم يكن ملك المنتقل إليه متزلزلا فتلفه كما هو مقتضى طبع الملك من مالكه ولا ريب في أن المبيع ليس منتقلا إلى البائع ملكا متزلزلا حتى يكون تلفه من المشتري لمكان خيار البائع بل هو منتقل إلى المشتري انتقالا لازما من طرفه فتلفه بمقتضى طبع الملك عليه ولكن حيث انه قبل القبض يكون من البائع فلا تجري قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له تخصصا من جهتين كما مر. هذا مضافا إلى ما سيأتي في محله إن شاء الله تعالى من اختصاص هذه القاعدة بخيار المجلس والشرط والحيوان ولا تجري في جميع أقسام الخيار. وأما قاعدة الخراج بالضمان، ومن له الغنم فعليه الغرم فلا ريب في اعتبارها في الجملة لكنها مخصصة بقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ولا اشكال فيه فما هو المشهور من عدم الفرق بين التلف في الثلاثة وبعدها متين كما مر.

(٢٢٨) وقد جعله في الروضة خيارا مستقلا وسماه بخيار ما يفسده ليومه، والأصل فيه مرسل محمد بن أبي حمزة عن الصادق عليه السلام أو الكاظم عليه السلام: «في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالثمن قال: ان جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن وإلا فلا بيع له»(١) وفي صحيح زرارة عن أبي عبد الله عليه السّلام: «العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل»(٢) والمراد به تعهد الالتزام بالبيع، والظاهر عدم كون هذا الخيار تعبديا

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب الخيار.

السـادس: خـيار الرؤيـة (٢٢٩) و هـو فـيما إذا اشـترى أو بـاع شـيئا

محضا بل المناط فيه عدم تضرر البائع بالتأخير فمتى حصلت المعرضية لتحقق الضرر يحصل الخيار قبل حدوثه وعلى هذا يصح التعدي إلى ما يفسد في أقل من اليوم أيضاً. بل يتعدى إلى تنزل قيمة السوق أيضاً إذا عدّ ذلك ضررا في عرف المتعاملين والمرجع في الضرر متعارف أهل الخبرة من كل معاملة وليس تشخيص ذلك من شأن الفقيه وفي الشك في تحققه يرجع إلى أصالة اللزوم.

(٢٢٩) للإجماع، ولقاعدة نفي الضرر، وصحيح جميل قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثمَّ رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله عليه السلام: انه لو قلب منها ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة ثمَّ بقي منها قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية»[١] ولا بد من حمله على صورة تخلف الوصف، وعلى ما إذا صح بيع الضيعة إما بوصف القطعة غير المرئية أو بكشف ما رآه منها عن ما لم يره وظاهر هذا الصحيح وإن كان مختصا بالمشتري إلا أن ظاهرهم الاتفاق على عدم الفرق بينه وبين البائع.

ثمَّ ان دعوى انه لا وجه لأن يعد هذا خيارا مستقلا، لأنه اما يرجع إلى خيار الغبن أو خيار العيب أو خيار الشرط.

مخدوش: إذ ليس المناط في أقسام الخيارات على الدقة العقلية وإلا لأمكن إرجاع جملة منها إلى خيار واحد بل المناط الانظار المعاملية العرفية المتعارفة بين الناس.

كما انه لا وجه لدعوى بطلان أصل البيع لأن المقصود هو المقيد بوصف خاص والبيع وقع على غيره، فما وقع عليه العقد لم يقصد وما قصد لم يقع عليه العقد. لأن الوصف ليس من المقومات بل هو طريق إلى الذات فلا موضوعية له.

---

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب الخيار حديث: ١.

موصوفا غير مشاهد ثمَّ وجد على خلاف ذلك الوصف يثبت الخيار، وكذا إذا وجد على خلاف الرؤية السابقة [٢٣٠].

---

(٢٣٠) المدار في هذا الخيار تخلف الوصف الذي وقع عليه العقد سواء كان بالتوصيف اللفظي أو بالتواطي عليه أو بالاعتماد على سبق الرؤية أو باختبار جزء من أحد العوضين وقياس البقية عليه، وذكر الرؤية في الحديث وكلمات الفقهاء من باب ذكري احدى المصادق وأهمها لا لخصوصية فيها بالخصوص.

(مسألة ١): الخيار هنا بين الرد والإمساك مجانا [٢٣١] **و ليس لذي الخيار حق أخذ الأرش** [٢٣٢]**.**

(مسألة ٢): لا يسقط هذا الخيار ببذل الأرش ولا بإبدال العين بعين أخرى [٢٣٣]**.**

---

(٢٣١) لأنه المنساق من إطلاق الخيار، وأخذ الأرش يحتاج إلى دليل مخصوص وهو مفقود وهذا هو المشهور بين الأصحاب والمتفاهم من صحيح جميل ومعقد الإجماع عرفا فلا وجه لاحتمال التخيير بين الرد والإمساك والأرش.

بدعوى: ان الضرر يدفع بذلك أيضاً، لأن أخذ الأرش خلاف المتعارف في المعاملات إلا بدليل يدل عليه كما في خيار العيب أو بالتراضي وهو خارج عن محل الكلام، كما لا وجه لتعين أخذ الأرش لذلك أيضاً.

(٢٣٢) لأصالة عدم ثبوت هذا الحق له.

نعم، يصح ذلك بالتراضي لأن الحق بينهما فيجوز لهما بكل ما تراضيا عليه.

(٢٣٣) لأصالة بقاء الخيار وعدم سقوطه بعد ثبوته، مع أن التملك الجديد يحتاج إلى معاوضة جديدة والمفروض عدمها.

نعم، يصح التصالح والتراضي على إسقاطه بكل منهما فيكون عوضا عن إسقاط الحق ولا بأس به.

نعم، لو كان للوصف المفقود دخل في الصحة توجه أخذ الأرش [٢٣٤].

(مسألة ٣): مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة حين المعاملة[٢٣٥]، ويشترط في صحته إما الرؤية السابقة مع عدم اليقين بزوال تلك الصفات، أو توصيفه بما يرفع به الجهالة الموجبة للغرر بذكر جنسها ونوعها وصفاتها التي تختلف باختلافها الأثمان ويتفاوت لأجلها رغبات الناس[٢٣٦].

(مسألة ٤): هذا الخيار فوري [٢٣٧]، ولكن الأحوط التراضي مع

---

(٢٣٤) لدخوله حينئذ في خيار العيب فيجري عليه حكمه ويخرج من خيار الرؤية موضوعا.

(٢٣٥) لظهور الإجماع على عدم جريانه في الكلي الذمي، مع انه لا يعقل تخلف الوصف فيه حتى يثبت فيه الخيار، لأنه مع تخلف الوصف لا يتحقق الوفاء أصلا فيجب الدفع ثانيا مع الوصف.

نعم، يجري في الكلي الخارجي كالصاع من الصبرة والحصة المشاعة.

(٢٣٦) لأنه بدون ذلك يكون أصل البيع باطلا من جهة الجهالة والغرر فلا يبقى حينئذ موضوع للخيار مع أن هذا الشرط مجمع عليه عندهم كما لا يخفى على من تأمل كلماتهم وان اختلفت تعبيراتهم لكن مئال الكل إلى واحد بعد التأمل ولا ينبغي إطالة الكلام فيما يكون المرجع فيه أهل الخبرة لأنهم أعرف بمثل هذه الأمور من الفقيه.

(٢٣٧) لأصالة اللزوم بعد عدم دليل على التراضي، لأن دليل هذا الخيار إما الإجماع، فالمتيقن منه إنما هو الفور مع ذهاب المشهور إلى الفورية بل نسب إلى إجماع المسلمين إلا أحمد والظاهر أنه غير مخالف أيضاً، لإمكان استظهار الفورية العرفية من قوله والمشهور أيضاً يقولون بذاك فلا مخالف، وإما إطلاق

التأخير [٢٣٨].

(مسألة ٥): يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد، وبإسقاطه بعد الرؤية [٢٣٩]، وبالتصرف في العين بعد الرؤية تصرفا كاشفا

صحيح جميل المتقدم فلا وجه للتمسك به، لاحتمال أن يكون المراد بقوله «خيار الرؤية» أي: الخيار عند الرؤية بحيث تكون الرؤية ظرفا لحدوثه وإعماله لا منشأ لحدوثه فقط، مع أن الإجماع مقيد له على فرض ثبوت الإطلاق ولا يجوز التمسك باستصحاب بقاء الخيار أيضاً، لوجود الإجماع على الخلاف، مع أن الموضوع غير محرز، لما مر من احتمال كون الرؤية ظرفا لإعمال الخيار لا لحدوثه فقط.

(٢٣٨) لاحتمال أن يكون الإجماع مدركيا مع إمكان المناقشة في المدرك إلا إذا ثبت أنه تعبدي محض.

(٢٣٩) أما الأول: فلعموم دليل الوفاء بالشرط وقد تقدم التعرض للإشكال الوارد على هذا الشرط في اشتراط سقوط سائر الخيارات في ضمن العقد وأجبنا عنه ولا وجه للتكرار فراجع، إذ الإشكال عين الإشكال والجواب عين الجواب.

وأما الثاني: فلقاعدة ان لكل ذي حق إسقاط حقه إلا مع الدليل على الخلاف وهو مفقود وقد مر ما يتعلق بهذا في الخيارات السابقة أيضاً.

نعم، في المقام إشكال آخر وهو أن إسقاط الخيار هنا يوجب بطلان أصل البيع، لصيرورته غرريا حينئذ فلا يبقى موضوع لأصل الخيار حتى يحكم بسقوطه.

وفيه: ان الغرر إما عرفي، أو شرعي.

أما الأول: فالعرف لا يرى هذه المعاملة مع شرط سقوط الخيار حين العقد أو إسقاطه بعده غرريا.

عن الرضاء بالبيع [٢٤٠]، والمبادرة على الفسخ بعد الرؤية [٢٤١].

(مسألة ٦): يجري خيار الرؤية في غير البيع أيضاً، كالإجارة والصلح[٢٤٢].

وأما الثاني: فلا بد من وجود دليل يدل على أن مثل هذه المعاملة غررية وهو مفقود.

ثمَّ انه لا فرق في ذلك كله بين كون الرؤية سبا لحدوث الخيار حين الرؤية، أو كاشفا عن ثبوته حين العقد.

والإشكال بأنه على الأول يلزم من اشتراط سقوطه حين العقد أن يكون من إسقاط ما لم يجب. وقد مر دفعه مكررا بأنه يكفي مجرد المعرضية العرفية للإسقاط ولا يعتبر الثبوت الفعلي فيه.

(٢٤٠) لأنه حينئذ إسقاط فعلي ولا فرق في الإسقاط بين القولي منه والفعلي، وكذا التصرف قبل الرد إن كان كاشفا عن الرضا بالبيع على كل تقدير.

(٢٤١) لما مر من أن الخيار فوري ولكن الأحوط التراضي لو فسخ مع عدم المبادرة إليه.

(٢٤٢) لظهور الإجماع وتسالمهم على ثبوت الخيار عند تخلف الوصف، وتقتضيه المرتكزات العرفية أيضاً، فإنهم لا يلتزمون بالالتزام بالعقد عند التخلف بل يرون إيجاب الوفاء به ولم يردعهم الشارع.

ان قيل: أصالة اللزوم رادعة عنهم.

يقال: مع الاستهجان العرفي للزوم وبناء الشرع والعقلاء في المعاوضات على عدم التضرر إلا مع الاقدام عليه عن علم وعمد كيف تجزي أصالة اللزوم، وهل تكون قاعدة نفي الضرر حاكمة على أصالة اللزوم؟ !!أو يكون بالعكس، مع إمكان حمل الاشتراء في صحيح جميل[١] على المثال والغالب لا الخصوصية،

---

(١) تقدم في صفحة: ١٧٤.

(مسألة ٧): لو شرط في متن العقد الابدال مع تخلف الوصف أو بذل التفاوت صح الشرط[٢٤٣].

لاتفاقهم على التعدي عن المشتري إلى البائع.

مع أن النص مختص بالأول.

وبالجملة: أصالة اللزوم سواء كان لفظيا أو عمليا مأخوذة من بناء العقلاء على اللزوم في عقودهم فتجري في غير مورد بنائهم على عدم اللزوم.

(٢٤٣) لعدم كونه مخالفا للكتاب والسنة حتى يبطل فلا بد من الصحة.

ان قلت: يبطل الشرط من حيث التعليق، بل البيع أيضاً باطل من جهة الغرر سواء كان الشرط الفاسد مفسدا أو لا.

قلنا: التعليق في الشرط لا دليل على بطلانه، لأن عمدة الدليل على بطلان التعليق إنما هو الإجماع ومورده العقد دون الشرط ومطلق الإيقاعات ولا وجه لسراية التعليق من الشرط إلى العقد، لأنهما عنوانان مختلفان عرفا وشرعا.

وأما كون البيع غرريا فلا وجه له من عقل أو شرع إذ العرف يقدم عليه ولا يراه غرريا ولم يرد دليل من الشرع على كونه غرريا بالخصوص، وشمول نهى النبي عن الغرر[١] له ممنوع بعد اقدام العرف عليه من غير استنكار. لأن الغرر في قوله ﷺ لا بد وان ينزل على ما لا يقدم عليه المتعارف لا أن يكون تعبديا محضا ولا فرق في ذلك بين كون الشرط بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة بعد اتفاق المحققين على صحة شرط النتيجة، ولا دليل على من يدعى البطلان إلا أن النتائج والمسببات لها أسباب خاصة في الشريعة وليس الشرط منها. وهو مردود بأن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط وجوبه لكل شرط بالخصوص إلا ما خرج بالدليل وما خرج به إنما هو ما خالف الكتاب والسنة ولو كان ذلك باطلا لأشير إليه في الشريعة مع عموم الابتلاء به.

---

(١) راجع صفحة :٨.

ووجب الوفاء به [٢٤٤] و مع التخلف يثبت خيار الشرط [٢٤٥]، ويسقط خيار الرؤية [٢٤٦].

(مسألة ٨): لو اختلفا فقال البائع: لم يقع البيع على التوصيف وقال المشتري بل وقع عليه وليس كما وصف يقدم قول البائع [٢٤٧].

نعم، لو حكم العرف بعدم الحصول بالشرط أو شك فيه لا يشمله العموم.

(٢٤٤) لعموم أدلة وجوب الوفاء بالشرط.

(٢٤٥) لوجود المقتضى له وفقد المانع فيشمله الدليل بلا مدافع.

(٢٤٦) لعدم الموضوع له بعد هذا الشرط وعدم تضرر في البين.

(٢٤٧) لأصالة عدم الخيار، لأن الخيار معلق على عنوان وجودي وهو العقد على الموصوف بوصف مفقود فمقتضى الأصل عدم وقوع العقد عليه، وكذا يجري الأصل الموضوعي وهو أصالة عدم التقييد بقيد يوجب الخيار بالعدم الأزلي فينتفي به موضوع أصل الخيار رأسا ولا يعارض ذلك بأصالة عدم وقوع العقد على هذا الموجود، إذ لا أثر له إلا نفي الصحة وهي معلومة مقطوع بها فلا وجه لجريان هذا الأصل بلا اشكال. هذا مع استصحاب بقاء أثر العقد عند الشك في تأثير الفسخ.

وأما ما يقال: في تقدم قول المشتري.

تارة: بأن يده على الثمن أمارة الملكية فليس للبائع انتزاعه منه كما عن الشهيد رحمة الله.

واخرى: بأن الأصل عدم الرضا بهذا الموجود كما عن العلامة في التذكرة.

وثلاثة: بأن الأصل عدم وصول حقه اليه كما عن المحقق

ورابعة: بأن الأصل براءة ذمته عن الثمن كما عن العلامة رحمه الله بعد تصحيحه

(مسألة ٩): لو اختلفا في تعيين الوصف بعد اتفاقهما على ذكر وصف فقال أحدهما: أن المذكور هو الوصف المفقود وقال الآخر: بل هو الموجود يقدم قول البائع [٢٤٨] وكذا لو اتفقا على ذكره واتفقا في زواله

بمعنى عدم وجوب تسليمه عليه.

وخامسة: بأن اللزوم معلق على ورود العقد على هذا الموجود والأصل عدمه وهذا الأصل مقدم على أصالة اللزوم لأن الأول موضوعي والثاني حكمي مع أن الخيار معلق على عدم وصول حق المشتري إليه وهو مطابق للأصل كما عن شيخنا الأنصاري بعد تلخيص كلامه.

والكل مخدوش. أما الأول: فلان المشتري بعد اعترافه بصحة العقد

يكون يده على الثمن يد أمانة لا يد ملكية، مع انه لا كلية في هذا الوجه كما لا يخفى.

وأما الثاني: فلأن أصل الرضا معلوم وإلا لكان العقد باطلا فلا يبقى موضوع للخيار.

وأما الثالث: فلان المشتري يعترف بوصول أصل المبيع إليه ولكنه يدعي شيئا آخر لا بد له من إثباته.

وأما الرابع: فلان أصالة عدم اشتراط التوصيف أصل موضوعي وهو مقدم على هذا الأصل، لأنه حكمي مع انه معارض بأصالة بقاء ملك المالك على الثمن.

وأما الأخير: فلأن حق الخيار شيء حادث وكل حادث يحتاج إلى سبب ومع الشك في تحقق سببه فمقتضى الأصل عدمه إلا أن يثبت تحققه بدليل معتبر يدل عليه وكل ما لم يثبت منشأ الخيار فيه بوجه معتبر يكون موضوع اللزوم بلا إشكال.

(٢٤٨) لأصالة بقاء ملكية كل منهما لما انتقل إليه، وأصالة اللزوم وعدم فسخ

أيضاً ولكن قال أحدهما بزواله قبل العقد وقال الآخر بزواله بعده (٢٤٩).

السابع: خيار العيب (٢٥٠). وهو فيما إذا وجد المشتري في المبيع

العقد إلا برضائهما.

(٢٤٩) لجريان أصالة بقاء ملكية كل واحد منهما على ما انتقل إليه فلا أثر للفسخ إلا برضا الطرفين.

(٢٥٠) لا بد من بيان أمور.

الأول: هل يكون خيار العيب خيارا مستقلا أو يرجع إلى خيار تخلف الشرط أو تبعض الصفقة ـ بناء على تنزيل فقد وصف الصحة منزلة فقد الجزء ـ الظاهر هو الأول وان أمكن تطبيقه ثبوتا على أحد الأخيرين أيضاً كما يأتي في الجواب عن الإشكال الوارد في تصوير أصل هذا الخيار.

الثاني: خيار العيب كما هو ظاهر الأخبار إنما هو بيع العين الشخصية مع الجهل بالعيب مركبا كان أو بسيطا، وقد مر أن العلم بخصوصيات العوضين الدخيلة في المالية معتبر في صحة البيع ومن أهم تلك الخصوصيات وصف الصحة ومع الجهل بها يفسد أصل البيع ولا تصل النوبة إلى الخيار حتى يبحث عنه. وأجيب عن هذا الإشكال بوجوه.

منها: الاعتماد إلى أصالة السلامة التي هي من الأصول البنائية المعاملية عند الناس وهذا الاعتماد يوجب صحة البيع ومع التخلف يتحقق موضوع الخيار لا محالة. وهذا الأصل من سنخ أصالة الصحة في الأفعال عند الفقهاء، وأصالة الاستدارة في الأجسام عند الحكماء، وأصالة الصحة في بدن الإنسان عند الأطباء.

ومنها: أن وصف الصحة من قبيل الداعي والأغراض المعاملية.

وبعبارة أخرى: من باب تعدد المطلوب.

وفيه: انه خلاف المرتكز في الأذهان.

و **منها**: انه من الشرط البنائي المركوزي وإن لم يكن من الشرط الذكري بمعنى أن القصد العقلي والبناء المعاملي تعلق بالصحيح، وله وجه لا بأس به، ولذا لو ذكر هذا الشرط في متن العقد يكون تأكيدا عند نوع المتعاملين لا أن يكون شيئا مستقلا في مقام بنائهم المعاملي وإلا فيكون هذا الشرط من تحصيل الحاصل بعد تحقق القصد المعاملي وبنائهم على الصحيح.

نعم، لو كان قصد الصحيح والبناء المعاملي عليه مخالفا للشرط الفعلي الإنشائي لا يكون تأكيدا حينئذ ولا بأس بثبوت الخيارين حينئذ خيار العيب وخيار الشرط. وبذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات والمرجع في ذلك عرف المحاورة، وأما خبر يونس: «في رجل اشترى جارية على انها عذراء فلم يجدها عذراء قال عليه السلام: يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق»[١] فلا وجه للاستدلال به على أن الخيار خيار العيب فقط، إذ ليس في مقام بيان ذلك.

ومنها: أن مقتضى إطلاق العقد عند نوع المتعاملين في بنائهم المعاملي هو الصحة. وهذا الوجه حسن أيضاً ويمكن إرجاع بعض هذه الوجوه إلى البعض بل يمكن إرجاع الجميع إلى واحد.

الثالث: لا تعبد في أصل خيار العيب في الجملة لأن العقلاء يلومون من التزم بالعيب مع وصول المعيب إليه ويستنكرون على البائع إذا لم يقبل المبيع المعيب الذي سلمه إلى المشتري إذا رده إليه لأجل العيب واللازم انما هو بيان الردع لا اقامة الدليل على الإثبات مع انه قد وردت أخبار مستفيضة دالة عليه كما يأتي إن شاء الله تعالى.

الرابع: لو كان المبيع كليا وسلّم البائع فردا معيوبا منه فلا ريب في أن للمشتري حق رد المعيوب، لعدم تحقق الوفاء بالعقد لفرض انه وقع على الصحيح، فهل يكون هذا ردا لأصل المعاوضة الواقعة على الكلي كما أن رد المبيع الشخصي رد لأصل المعاوضة الواقعة عليه.

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب أحكام العيوب.

و بعبارة أخرى: هل يجري خيار العيب في المبيع الكلي أو لا؟ قولان نسب إلى جمع الأول واستدل.

تارة: بإطلاق قول أبي جعفرعليه السلام في صحيح زرارة: «أيما رجل اشترى شيئا وبه عيب وعوار لم يتبرأ اليه ولم يبين له ـ إلى أن قال ـ ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب»[(١)] وقول أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا»[(٢)]

بدعوى: شموله للكلي أيضاً كشموله للشخصي.

واخرى: بأنه إذا تعين الكلي في الفرد فقد استقر البيع عليه أيضاً فيدخل قهرا في موضوع خيار العيب.

وبعبارة أخرى: المبيع الشخصي المعيوب: داخل في موضوع خيار العيب أولا وبالذات والكلي داخل فيه ثانيا وبالعرض.

وثالثة: بأن المتعارف لا يفرق بينهما والأدلة منزلة عليه.

ونوقش في جميع ذلك.

أما الأخبار فبدعوى: ان فيها قرائن ظاهرة في العين الشخصية كقوله عليه السلام في صحيح زرارة: «و به عيب وعوار»، وقوله«يجد فيه» أو«وجد فيه».

ويرد ذلك بأن المراد من مرجع الضمير (المبيع)و هو يصدق على الكلي والشخصي عرفا ولغة وشرعا.

وأما الثاني: فلأن تعيين الكلي الذمي في الفرد يوجب خارجية الكلي الذمي وبراءة الذمة وأما انقلاب المعاوضة إلى الفرد الخارجي فهو محال لأنه من تحقق المعلول بلا علة ورد الوفاء لا ربط له برد البيع.

وفيه: أن الخارجية معلقة على تحقق الغرض المعاملي الأهم وهو الصحة ومع العيب كيف تتحقق الخارجية من كل جهة. وأما كون انقلاب المعاوضة إلى الفرد الخارجي من تحقق المعلول بلا علة ففيه:

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب الخيار حديث: ٢ و٣.

أولا: أنا لا نحتاج إلى الانقلاب بل نقول أن المبيع الكلي مورد الخيار ولو مع عدم الانقلاب.

وثانيا: بعد كون الفرد عين الكلي فلا وجه للانقلاب كما هو واضح فيجري خيار العيب في الكلي أيضاً ولكنه مع ذلك مشكل في مقابل أصالة اللزوم هذا إذا كان البائع بانيا على التبديل وأما مع بنائه على العدم فالظاهر جريان الخيار هذا في الكلي الذمي.

وأما الكلي في المعين فلا إشكال في جريان خيار العيب فيه إذا كان جميع أطراف الكلي معيبا وأما ان كان بعض أطرافه كذلك وبقية الأطراف صحيحا فيكون مثل الكلي الذمي.

الخامس: جواز الرد في مورد خيار العيب ثابت بالأخبار المستفيضة التي تأتي الإشارة إلى بعضها وبالإجماع وبناء العقلاء على ما قلناه، وأما التخيير بينه وبين أخذ الأرش فلم يشر إليه في خبر من الأخبار إلا في الفقه الرضوي: «فإن خرج في السلعة عيب وعلم المشتري فالخيار إليه إن شاء رده وإن شاء أخذه أو رد عليه بالقيمة أرش العيب»[١] وهو مع قصور سنده ظاهر في التخيير بين أمور ثلاثة: الرد، والأخذ بتمام الثمن، وأخذ الأرش. إلا أن يقال: بزيادة الهمزة في قوله «أورد»، ويمكن استفادة الأرش والتخيير بينه وبين الرد من قول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح: «أيما رجل اشترى شيئا وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثمَّ علم بذلك العوار وبذلك الداء انه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»[٢].

بدعوى: ظهوره في التخيير بين الرد والأرش وحيث انه يسقط الرد بعد التصرف يتعين الفرد الآخر ولا ينافيه ظهوره في اعتبار كون الأرش من الثمن

(١) مستدرك الوسائل باب: ١٢ من أبواب الخيار حديث :٣.
(٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب الخيار.

فإنه من باب المثال قطعا، وكذا يمكن استفادة التخيير بين الرد وأخذ الأرش من خبر جميل عن أحدهماعليهما السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا. فقال: ان كان الشيء قائما بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب»، بالتقريب الذي قلناه، مع أن مجموع النصوص بعد رد بعضها إلى بعض والتأمل في القرائن الخارجية والداخلية يكفي في إثبات الخيار كما لا يخفى، بل يمكن جعله مطابقا للقاعدة.

بدعوى: أن لوصف الصحة أهمية خاصة عند المتعاملين يرون فقدها قابلة للتدارك بالمال أعم من الثمن وغيره، وحيث أن وصف الصحة خارج عن حقيقة العوضين وانه من أهم مقاصد المعاملة لا بد وان يتدارك بالمال لو شاء الطرف ذلك ولم يرد البيع، وطريق هذا الدليل بالشكل الأول هكذا: وصف الصحة من الأغراض المعاملية المهمة والأغراض المعاملية المهمة فوتها يتدارك بالمال ففوت وصف الصحة يتدارك بالمال وحينئذ، فلو تراضيا الطرفان بالأرش فلا اشكال فيه سواء كان أخذ الأرش مطابقا للقاعدة أو مخالفا لها وإن لم يرض البائع بذلك يرد المشتري أصل البيع لئلا يقع الضرر وفي مورد سقوط الرد يتعين على البائع تدارك ضرر المشتري بالأرش لقاعدة ضمان اليد لا ضمان المعاوضة.

وبالجملة: بناء المعاملة عند العقلاء على إحراز أصل المالية في العوضين فأخذ مال من الطرف بعنوان المعاوضة يقتضي دفع هذا المقدار من المال إليه، لقاعدة اليد المرتكزة في نفوس المتعاملين والمتعاوضين.

وثمرة كون الأرش موافقا للقاعدة انه يجري في جميع المعاوضات مع فقد وصف الصحة كما يظهر من المحقق في عوض الخلع، وعن العلامة في الهبة المعوضة ومال الكتابة، وعن المسالك في المهر ولعل سكوت النصوص عن التعرض له انما هو لأجل كونه مرتكزا في النفوس لا لأجل أنه تعبد خاص في مورد مخصوص لكونه بعيدا جدا، فهو مطابق لهذا البناء فيكون عيبا

تخير بين الفسخ والإمضاء بالأرش (٢٥١).

مطابقا للقاعدة.

ان قلت: فعلى هذا فلا بد من الأرش عند فقد كل وصف مع انهم لا يقولون به.

يقال: ان لوصف الصحة وفقدها أهمية خاصة ليست لغيره من سائر الأوصاف، مع أن وصف الصحة أعم ابتلاء من سائر الأوصاف فلا بد وان يوسع في الخيار لأجلها بما لا يوسع في غيرها، مضافا إلى الإجماع على الاختصاص بخصوص فقد وصف الصحة ولأجل ذلك لا يتعدى إلى فقد سائر الأوصاف.

نعم، فقد وصف الصحة في سائر المعاوضات يوجب الأرش لما أثبتناه من كونه مطابقا للقاعدة، ولذا قال به الأصحاب في الإجارة والصداق ونحوهما.

السادس: يجري خيار العيب في جميع أقسام البيع ما لم يكن محذور في البين، وأما سائر المعاوضات فمقتضى ظواهر أدلته اختصاصه بالبيع وعدم الجريان فيها إلا أن يدعى ان ذكر البيع فيها من باب المثال لكل معاوضة أو يدعي القطع بعدم الفرق أو القطع بالمناط. والكل مخدوش.

نعم، أرش العيب ثابت في جميع المعاوضات لكونه مطابقا للقاعدة.

(٢٥١) للإجماع على التخيير بينهما، والأخبار المستفيضة بالنسبة إلى الرد منها خبر جميل المتقدم، ولما تقدم في الأمر الخامس بالنسبة إلى الأرش، ولحديث نفي الضرر.

(مسألة ١): كما يثبت هذا الخيار للمشتري إذا وجد في المبيع عيبا يثبت للبائع أيضاً إذا وجد في الثمن عيبا [٢٥٢].

(مسألة ٢): المراد بالعيب كل ما كان خلاف المتعارف وخلاف أغلب أفراد ذلك النوع [٢٥٣].

---

(٢٥٢) لأنه بعد كون الخيار مطابقا لتخلف الشرط الضمني المعاملي وقاعدة نفي الضرر يكون مطابقا للقاعدة فلا فرق حينئذ بين كون العيب في المبيع أو في الثمن أو في كلاهما وإن كان ظواهر الأخبار والكلمات في خصوص المبيع ويمكن حمله على المثال والغالب لا الخصوصية.

(٢٥٣) للنص، والإجماع، والعرف، والاعتبار، وعن أبي جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله: «كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب»[١] وهذه الكلمة المباركة تأسيس قاعدة كلية في العيب، ويدل عليه العرف أيضاً، والنقص عن الخلقة معلوم لكل أحد والمراد بالزيادة: الزيادة في غير جهة الكمالات، فزيادة إصبع واحدة مثلا في العبد أو الأمة نقص بخلاف زيادة حسنها وجمالها بلغت ما بلغت، والمرجع في النقيصة والزيادة العينية هو ثقات أهل الخبرة من كل متاع ومع الشك فالمرجع أصالة اللزوم.

والمراد بالنقص والزيادة ما كان موجبا لنقص المالية والأغراض النوعية المعاملية، إذ رب شيء يكون عيبا في نفسه ولا يوجب النقص في المالية والغرض المعاملي ورب شيء يوجب النقص في المالية والغرض المعاملي ولا

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب أحكام العيوب.

(مسألة ٣): يثبت الخيار بوجود العيب واقعا حين العـقد وإن لم يـظهر بعد[٢٥٤]. وظهوره كاشف عن ثبوته من أول الأمر لا أنه سبب حدوثه[٢٥٥].

(مسألة ٤): يسقط الرد بأمور.

الأول: إسقاط الرد بخصوصه بعد العقد[٢٥٦] و لا فرق بـين أن يكـون

يكـون عـيبا فـي نـفسه، كـما انـه يـمكن أن يكـون شـيء عـيبا بـالنسبة إلى بعض الأشخاص دون بعض أو بعض البلدان دون بعض فيختلف المعيب والصحيح اختلافا كثيرا بحسب الأزمنة والأمكنة والأشخاص وفي كل مورد يرجع إلى أهل خبرته، والحبل عيب في الإماء سواء كان من البائع أو من غيره للعرف، والنص[١] والإجماع وأما في سائر الحيوانات فلا دليل على كونه عيبا فيكون المرجع أصالة اللزوم وعدم تأثير الرد.

(٢٥٤) لأن المنساق من كون شيء موجبا لشيء آخر بنحو العلية أو بنحو الاقتضاء أن يكون كذلك بوجوده الواقعي فقط إلا مع قرينة على الخلاف وهـي مفقودة في المقام.

(٢٥٥) لأن كل علم كاشف عن المعلوم إذا دل دليل معتبر على انه محدث للموضوع أو الحكم ولا دليل كذلك في البين، بل ظاهر الأدلة خلافه كـما فـي جميع الأحكام العقلية والشرعية والعرفية والاعتبارية حيث أن العلم طريق فيها إلى الواقع إلا في موارد نـادرة حـيث أن للـعلم فـيها مـوضوعية خـاصة لأدلة مخصوصة.

(٢٥٦) لما مر من ثبوته بالعقد، فيؤثر إسقاطه في سقوطه لا محالة، وكذا لو

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب أحكام العيوب.

ذلك قبل ظهور العيب أو بعده (٢٥٧).

الثاني: اشتراط سقوطه كذلك في ضمن العقد (٢٥٨)، ويجوز له إسقاط الأرش أيضاً في الصورتين، كما يجوز له إسقاط الأرش فقط (٢٥٩).

الثالث: التصرف في المعيب تصرفا مغيرا للعين (٢٦٠) و كذا

التزم بالعقد فإنه يسقط الرد ولا يسقط الأرش في الصورتين أما في الصورة الأولى فواضح، وأما الثانية فلأن الالتزام بالعقد أعم من الالتزام بالضرر.

نعم، إن كانت في البين قرينة مخصوصة على إسقاط الأرش أيضاً تتبع.

(٢٥٧) لما مر من أن العيب بوجوده الواقعي منشأ للخيار لا بظهوره.

(٢٥٨) لعموم أدلة الوفاء بالشرط الشامل لذلك أيضاً بعد وجود المقتضى وفقد المانع.

(٢٥٩) لأن الحق مطلقا بطرفيه له. ولصاحب الحق إعماله بما شاء وإسقاطه كيف ما شاء.

(٢٥٩) لأن الحق مطلقا بطرفيه له. ولصاحب الحق إعماله بما شاء وإسقاطه كيف ما شاء.

(٢٦٠) للنص، والإجماع ففي الصحيح عن أبي جعفرعليه السلام: «أيما رجل اشترى شيئا وبه عيب وعوار لم يتبرأ اليه ولم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثمَّ علم بذلك العوار وبذلك الداء انه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»[1] والمنساق من إحداث الحدث ما كان مغيرا للعين بقرينة خبر جميل عن الصادقعليه السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيبا قالعليه السلام: إن كان الشيء قائما بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب»[2] وهو المتيقن من الإجماع أيضاً.

---

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب الخيار.

التصرف الكاشف عن الالتزام بالبيع عرفا [٢٦١].

الرابع: تغير المبيع عما كان عليه ولو بحدوث عيب فيه عند المشتري [٢٦٢]، وكذا لو تصرف فيه بنقل لازم أو جائز من بيع، أو إجارة، أو هبة، أو رهن [٢٦٣]. ولا فرق في كون التصرف المغير للعين والدال على الرضا بالبيع مسقطا بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده [٢٦٤].

الخامس: التبري من العيوب بأن يقول مثلا: بعته بكل عيب [٢٦٥].

---

(٢٦١) لأنه لا فرق في الالتزام بالبيع بين اللفظ الظاهر فيه أو الفعل الكاشف عنه عرفا، لأن كلا منهما حجة معتبرة في المحاورات والاحتجاجات.

(٢٦٢) لأن المنساق من أدلة هذا الخيار أن موضوعه إنما هو رد العين كما كان عليه حين العقد ومع عدم إمكانه عقلا أو شرعا فلا موضوع للخيار وإذا تغير العين بأي تغير كان فلا موضوع له كما هو واضح.

وخلاصة المقال: ان المسقط إما قولي أو فعلي، أو يكون من شرط السقوط في ضمن العقد، وإما حدوث حدث في المبيع بتلف أو نحوه سواء كان بالتصرف أو بغيره بحيث يصدق عدم كون الشيء قائما بعينه ويأتي في محله إن شاء الله تعالى ان وطي الجارية من المسقطات وجميع هذه المسقطات انما هو نحو إرفاق بالبائع فلو رضى بالرد مع ذلك فلا بأس به.

(٢٦٣) لإطلاق قولهعليه السلام فيما مر من الصحيح: «فأحدث فيه بعد ما قبضه» الشامل لجميع ذلك.

(٢٦٤) لإطلاق الصحيح وخبر جميل الشامل لكل منهما، مع أن الرضا بالبيع التزام به مطلقا فيكون كإسقاط الرد في عرف الناس ولا يبعد اختلاف ذلك باختلاف الموارد والأشخاص فيدور حينئذ مدار القرائن الخارجية.

(٢٦٥) للنص، والإجماع، وبناء المعاملات بين الناس عليه فكون هذا الشرط ارتكازيا أقرب من كونه شرعيا وقد مر في صحيح زرارة: «أيما رجل

و يسقط به مطالبة الأرش أيضاً [٢٦٦]، وكذا يسقطان معا فيما إذا علم بالعيب ومع ذلك أقدم على الشراء [٢٦٧].

(مسألة ٥): يسقط الأرش فقط فيما إذا اشترط سقوطه كذلك كما مـر، وكذا فيما إذا لم يكن العيب موجبا للأرش [٢٦٨].

اشترى شيئا وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له ـ الحديث ـ »[١]

(٢٦٦) لعدم موضوع له بعد التبري من العيب، والمرجع في التبري انما هو عرف المتعاملين فكل ما صدق عليه ذلك يترتب عليه سقوط الخيار سواء كان قوليا أو فعليا أو كتبيا أو لبناء المتعاملين عليه.

إن قيل: مع التبري يبطل أصل البيع من جهة الغرر فلا يبقى موضوع للخيار حتى يسقط به.

يقال: المرجع في الغرر الموجب للبطلان إما العرف أو الشرع وكل منهما لا يحكمون ببطلان هذا النحو من البيع.

أما الأول: فلشيوع إقدامهم على هذا النحو من المعاملات.

وأما الثاني: فلظهور ما مر من الصحيح وغيره في صحة البيع.

(٢٦٧) للإجماع، ولأنه هو الذي أقدم على تضرره فلا وجه لجعل الخيار له بعد ذلك، مع ان المنساق من الأخبار إنما هو صورة الجهل بالعيب والعرف وبناء الناس في معاملاتهم يشهد بذلك، فلو أقدم المشتري العالم بالعيب على اشـتراء المعيوب من البائع مع علمه به ثمَّ رده والزم البائع بالقبول لا يرى العرف له حق الرد ويستنكرون منه إلزامه البائع بالقبول هذا مع ثبوت علمه به وأما مع اختلافهما فيه فيأتي حكمه.

(٢٦٨) أما الأول: فلما دل على الوفاء بالشرط بعد وجود المقتضى وفـقد المانع.

---

(١) تقدم في صفحة :١٩١.

(مسألة ٦): لو كان المبيع ربويا وظهر فيه عيب يثبت فيه خيار العيب، ويجوز للمشتري أخذ الأرش أيضاً (٢٦٩).

وأما الثاني: فلعدم موضوع له حينئذ فكيف يثبت ما لا موضوع له، وقد مر أن موضوع الأرش العيب بحسب الأغراض المعاملية، فما كان عيبا بحسب الأغراض المعاملية النوعية ففيه الأرش وإن لم يكن عيبا في نفسه، وما كان عيبا في نفسه ولم يعد عند نوع المتعاملين فلا أرش فيه ويختلف ذلك بحسب اختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص وبذلك يمكن أن يرتفع النزاع بين الفقهاء.

(٢٦٩) لا ريب في أن الصحيح والمعيب جنس واحد في البيع الربوي كما يأتي، ولا ريب أيضاً في تحقق الربا بالزيادة العينية بل الحكمية في الجملة فبيع

الربوي بجنسه إذا كان أحدهما صحيحا والآخر معيبا صحيح بلا تفاضل إجماعا وباطل معه كذلك انما الكلام في أن أخذ الأرش من الزيادة الموجبة للبطلان أولا، وما قيل للأول وجوه:

الأول: عدم الفرق في الربا الحرام بين كون العقد سببا له حدوثا أو بقاء.

الثاني: عدم الفرق بين كون الزيادة بجعل المتعاقدين أو بحكم الشارع.

الثالث: عدم الفرق بين كون الزيادة من نفس أحد العوضين أو بما يساوية من سائر الأموال.

والكل باطل: لأنه ليس إلا من مجرد الدعوى ولا بد وإن ينقح أولا ان الربا المحرم قصدي أو انطباقي قهري، وعلى الأول هل يتقوم بقصد كل منهما أو يكفي قصد أحدهما فقط، وعلى فرض كونه قصديا هل يعتبر أن يكون ذلك بجعل منهما حين إنشاء العقد أو يكفي ذلك ولو في الأثناء، وكذا بناء على كونه تعبديا صرفا، إذ يحتمل فيه جميع هذه الاحتمالات والمتيقن كونه جعليا التفاتيا حين إنشاء العقد بإقدام من الطرفين وإثبات غيره يحتاج إلى دليل وهو مفقود،

وكذا في بيع الصرف [٢٧٠]، ولكن الأحوط في اختيار الأرش أن يكون بعنوان مصالحة جديدة لا بعنوان الأرشية [٢٧١].

(مسألة ٧): لو كان المبيع صحيحا حين العقد وحدث فيه عيب قبل القبض كان ذلك كالعيب الحادث قبل العقد فيكون المشتري مخيرا أيضاً بين الرد وأخذ الأرش، وكذا العيب الحادث في زمان أحد الخيارات الثلاث من المجلس والشرط والحيوان، ولو حدث بعد القبض قبل انقضاء زمان الخيار [٢٧٢].

بل مقتضى الأصل وإطلاقات الأدلة عدم تحقق الربا مطلقا إلا في المتيقن من مورد الدليل، مع أن كون الأرش من الربا المعهود خلاف مرتكزات المتعاملين من الناس ويكفينا الأصل بعد عدم الدليل عليه.

وبالجملة: الأرش والربا مخالفان مفهوما ومصداقا وعرفا وشرعا ويأتي في بيع الصرف ما ينفع المقام.

(٢٧٠) لأن الأرش إن كان جزء من الثمن يلزم قبض بعض الثمن بعد انقضاء المجلس وهو يوجب بطلان بيع الصرف بالنسبة إلى ما لم يقبض في المجلس فلا يبقى موضوع للأرشِ حينئذ وإن لم يكن جزء منه فلا فرق فيه بين أن يقبض في المجلس أولا وقد مر أنه ليس بجزء منه بل غرامة خارجية لا ربط له بالعوضين.

(٢٧١) خروجا عن خلاف من جعل الأرش من العوضين وأجرى عليه أحكامهما وإن لم يكن له دليل في البين.

(٢٧٢) للإجماع، ولأن المستفاد من مجموع الأخبار ان حدث التلف أو النقص قبل القبض وقبل انقضاء زمان الخيار كحدوثهما قبل العقد حكما وإن اختلفا موضوعا وحينئذ فإن كان مورد الخيار الرد فقط يلحقه حكمه وإن كان مورده الرد أو أخذ الأرش يلحقه حكمه أيضاً وهذا تنزيل شرعي يستفاد من

(مسألة ٨): كل عيب حدث في المبيع وكان في عهدة البائع كالحادث قبل القبض أو في زمان الخيارات الثلاث لا يسقط به الرد [٢٧٣]، وأما العيب الحادث بعد القبض وبعد انقضاء زمان الخيار فيسقط به الرد [٢٧٤].

(مسألة ٩): لو كان التغير أو التعيب بفعل البائع بلا اذن من المشتري

الأخبار كقوله عليه السلام: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»[١] يعني أن ضمانه المعاوضي عليه وذكر التلف من باب المثال لكل ما يصلح أن يكون دركه على البائع فيشمل المقام، وقول أبي عبد الله عليه السلام في الصحيح: «و ان كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع»[٢] إلى غير ذلك من الأخبار الظاهرة في أنه ما لم تتم المعاملة بالقبض ومضي زمان الخيار يكون ضمان البائع للتعهد المعاملي باقيا ويأتي في أحكام الخيار بعض الكلام فالعيب الحادث في ظرف كون المبيع في زمان البائع كالعيب الموجود حين العقد سواء كان المبيع صحيحا حين وقوع العقد عليه أو معيبا وفي الثاني يثبت الخيار من جهتين ولا محذور فيه، بل يمكن أن يثبت الخيار من جهات شتى كما لا يخفى.

(٢٧٣) لفرض أن حدوثه بنفسه سبب مستقل لحدوث الخيار للمشتري فكيف يسقط به الخيار الذي كان ثابتا للمشتري، كما إذا وقع البيع على المعيب وحدث فيه عيب آخر أيضاً في ظرف بقاء ضمان البائع هذا مع ظهور إجماعهم على عدم السقوط.

(٢٧٤) لما مر في خبر جميل[٣] من أنه يعتبر في الرد كون المبيع قائما

---

(١) مستدرك الوسائل باب: ٩ من أبواب الخيار.
(٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب الخيار.
(٣) تقدم في صفحة: ١٩١.

لا يمنع عن الرد (٢٧٥).

(مسألة ١٠): إذا رضي البائع برده مع التغير أو العيب مجانا أو مع الأرش يبقى التخيير (٢٧٦)، ولو زال التغير أو العيب الحادث قبل الرد يجوز الرد حينئذ (٢٧٧).

(مسألة ١١): لو رد بالعيب السابق قبل ظهور العيب الجديد عنده ثمَّ بان الخلاف يصير رده باطلا (٢٧٨)، فلو أسقط المشتري الأرش بانيا على اختيار الرد فحدث ما يمنع عنه من عيب أو نحوه فهل يصح الرد حينئذ أو يسقط الخيار بالمرة؟ وجهان (٢٧٩) و الأحوط التصالح والتراضي.

(مسألة ١٢): هذا الخيار موضوعه رد العين فلو تلف العين ورضي البائع برد البدل أيضاً فهل يصح أن يكون ذلك بعنوان خيار العيب أو لا؟ وجهان (٢٨٠).

بعينه، مع أن مفهوم الرد متقوم برد العين كما كان عليه حين البيع فيصح أن يقال انه مع التعيب عند المشتري والتغير لا موضوع للرد حينئذ تخصصا.

(٢٧٥) لانصراف الأدلة عنه.

(٢٧٦) لأن سقوط الرد مع التغير إنما هو لمراعاة حقه ومع إسقاطه لحقه فلا وجه لسقوط التخيير.

(٢٧٧) لصدق قيام الشيء بعينه فالمقتضي للرد موجود والمانع عنه مفقود.

(٢٧٨) لصدق عدم كون المبيع حين الفسخ قائما بعينه.

نعم، لو رضى البائع بذلك فلا شيء عليه.

(٢٧٩) من جهة بنائه على الرد فكأن الذي حدث لا أثر له في إسقاط الرد، لعدم الموضوع له حينئذ، ومن حيث أن مجرد البناء على الرد من حيث هو بناء قلبي لا أثر له ما لم يكن مبرز لفظي في البين فيؤثر مسقط الرد أثره.

(٢٨٠) الظاهر عدم كونه من خيار العيب المعهود ولا بأس به ان كان بعنوان

(مسألة ١٣): لو كان سبب العيب سابقا على العقد ولكن حدوثه كان بعد القبض وبعد انقضاء زمان الخيار فهل يثبت به الخيار أو لا [٢٨١].

(مسألة ١٤): لو كان معيوبا حين العقد وزال العيب قبل ظهوره يسقط الخيار بطرفيه من الرد والأرش [٢٨٢] و إن كان الأحوط التصالح بالنسبة إلى الأرش [٢٨٣].

(مسألة ١٥): لا يحرم عدم ذكر العيب جليا كان أو خفيا [٢٨٤] إلا إذا انطبق عليه عنوان الغش فيحرم حينئذ [٢٨٥].

التراضي.

(٢٨١) يختلف ذلك بحسب الموارد فان عد نفس السبب عيبا عرفا فالخيار ثابت وإلا فلا.

(٢٨٢) لأن المنساق من الأدلة الدالة على الرد والأرش انما هو العيب المستقر الذي يوجب تضرر الطرف لا الحادث الزائل فإنه كأن لم يكن عند متعارف الناس ويستنكرون من رد المعاملة أو طلب الأرش لذلك ولا وجه للرجوع إلى الاستصحاب مع انسباق الاستقرار من أخبار الباب، مضافا إلى تبدل الموضوع فلا مجرى للاستصحاب الموضوعي ولا الحكمي.

نعم، لو كان ذلك منافيا لبعض الأغراض النوعية المعاملية يثبت الخيار حينئذ لشمول الأدلة له.

(٢٨٣) خروجا عن خلاف من أثبته في المقام مع حكمه بسقوط الرد.

(٢٨٤) للأصل بعد عدم دليل على الحرمة.

نعم، يستحب ذكر العيب مطلقا كما تقدم في آداب البيع والشراء.

(٢٨٥) للأدلة الأربعة كما تقدم في المكاسب المحرمة فراجع[١].

---

(١) تقدم في مجلد السادس عشر صفحة: ١٠٥-١٠٨.

(مسألة ١٦): كيفية أخذ الأرش بأن يقوّم الشيء صحيحا ثمَّ يقوّم معيبا ويلاحظ النسبة بينهما ثمَّ ينقص من الثمن المسمى بتلك النسبة[٢٨٦]**. فإذا قوّم صحيحا بتسعة ومعيبا بستة وكان الثمن عشرة ينقص**

---

(٢٨٦) البحث في الأرش من جهات.

الأولى: ليس الأرش من الأمور التعبدية حتى نحتاج في بيانها إلى بيان الشارع، ولا من الموضوعات المستنبطة حتى يحتاج الفقيه إلى إعمال الفكر والاجتهاد في الأدلة بل هو من الأمور العرفية الدائرة بين التجار والمتعاملين وأهل السوق، فاللازم الرجوع إلى أهل الخبرة منهم وإذا رجعنا إلى سواد الناس وأهل السوق يقولون: ان الأرش تتميم المعيب بمال ليصير مقابلا للثمن في المالية، وهو غرامة خارجة عن ذات العوضين بحسب شخصيتهما ويمكن إرجاع ما في اللغة وكلمات الفقهاء إلى ما قلناه أيضاً.

الثانية: إذا تأملنا في المعاملات الدائرة بين الناس نرى أن لوصف الصحة أهمية خاصة ليست في سائر الأوصاف فيرونه من مقومات مالية المال وإن لم يقع الثمن في المعاملة بإزائه في ظاهر المعاملة لكنه هو الغرض الوحيد الملحوظ في مالية العوضين فالإنشاء العقدي وإن وقع في الظاهر على شخص العوضين بما هما متشخصان في الخارج ولكن لب المعاملة وواقعها يدور مدار التحفظ على المالية بأي وجه أمكن فتنحل المعاملة في الواقع هكذا: «أشترى منك هذا الشيء بكذا وان نقص من ماليته شيء لا بد من تداركه» فالتباني المعاملي يقع على هذا النحو من التعهد من الطرفين فيكون أرش العيب وتداركه من الضمان المعاملي في مرتكزات الناس ومراداتهم الواقعية. فهو برزخ بين المعاوضية المحضة والغرامة الصرفة.

فما عن جمع منهم الشيخ الأنصاري، وبعض مشايخنا من أن الأرش ليس من ضمان اليد لوقوع العقد على التالف لا أنه من تلف مال المشتري في يد

البائع حتى يكون من ضمان اليد ولا ضمان المعاوضة لأن المدار فيه وورود التلف على المعقود عليه قبل القبض أو زمان احدى الخيارات الثلاثة والمفروض عدمه فهو ضمان ثالث خارج عنهما.

مخدوش: فإن الضمان المعاملي عبارة عن التعهد بشيء في المعاملة ولو بحسب اللب والواقع وعدم الخروج عن عهدته يتحقق الضمان المعاملي حينئذ ويجب التدارك فالبائع التزم بالوصف للمشتري وأخذ لأجله زائدا عما يستحقه على العين فإذا تبين عدم الوصف وجب عليه أن يخرج عن عهدته بدفع عوضه فيكون مطابقا للقاعدة بحسب البناء المعاملي ومرتكزات الناس.

الثالثة: الأرش الذي يضمنه البائع مع كون المبيع معيبا انما هو ما به يتفاوت الصحيح والمعيب بالنسبة إلى الثمن المدفوع كما هو المشهور لا بحسب القيمة الواقعية، لأن القيمة الواقعية انما تلحظ مع عدم الإقدام المعاملي الصحيح في البين والمفروض تحققه عرفا وشرعا لأن ثبوت الخيار يكشف عن صحة البيع وإلا فلا وجه للخيار.

وما عن بعض مشايخنا من أن المعاوضة لم تتسبب إلى وصف الصحة أصلا بل تستحيل أن تتسبب إليه حيث ان الوصف لا مال ولا مملوك فلا حكم له شرعا فلا معنى للمعاوضة ولا يمكن أن يؤثر في التغريم ولا في الانفساخ.

ففيه. **أولا**: ان التسبب إلى وصف الصحة انما هو بالإنشاء إلى نفس المعاملة فيكون التسبب إلى نفس المعاملة تسببا عرفا وشرعا إلى كل ما يتعلق كذلك.

وثانيا: مالية الوصف وملكيته تتبع لمالية الموصوف وملكيته عرفا ويصح اعتبار المالية والملكية التبعية فيه عند العقلاء وهذا المقدار يكفي في ترتب الأثر ومقتضى الأصل عدم اعتبار الأزيد من ذلك.

الرابعة: ليس في أخبار الباب منافاة لما نسب إلى الأصحاب من أن الأرش نسبة تفاوت القيمتين إلى الثمن لا القيمة الواقعية، فإن تعبيراتها هكذا:

ورد البائع عليه قيمة العيب» كما في خبر عبد الرحمن[١] وقوله‌عليه‌السلام: «لكن يرجع بقيمة العيب» كما في خبر ابن ميسر[٢] وقوله‌عليه‌السلام: «و لكن يرد عليه بقيمته أو بقدر ما نقصها العيب» كما في خبر ابن حازم[٣] وقوله‌عليه‌السلام: «ثمَّ يرد البائع على المبتاع فصل ما بين الصحة والداء» كما في خبر طلحة بن زيد[٤] وقوله‌عليه‌السلام: «و لكن تقوّم ما بين الصحة والعيب فيرد على المبتاع» كما في خبر ابن مسلم[٥] وقوله‌عليه‌السلام: «و له أرش العيب» : كما في خبر حماد بن عيسى[٦]، وقوله‌عليه‌السلام: «و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها»[٧] وقريب منه صحيح زرارة[٨] ولا بد وان يحمل على رد ما به التفاوت بعد رد بعضها إلى بعض كقوله‌عليه‌السلام: «ثمَّ يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء»، وهذه الأخبار إما في مقام بيان أصل الضمان ساكتة عن بيان كيفيته فلا بد من الرجوع إلى القاعدة أو قابلة الانطباق على المشهور، مع انه لا وجه للتعبد في كيفية أخذ الأرش، وكذا في تعين أسعار الأشياء لأن أهل الخبرة من الناس يعرفون ذلك.

نعم، لو كان إجحاف في البين فللحاكم الشرعي إن يتدخل حينئذ ان رأى المصلحة في ذلك.

الخامسة: ظهر ما مر أن الأرش تدارك المالية الفائتة بما يوازي المسمى لوقوع الإقدام عليه لا بحسب القِيمة الواقعية، لسقوطها بعد الاقدام المعاملي على قدر خاص من المسمى فالضمان المعاملي بالنسبة إلى تدارك أصل المالية متحقق قطعا ووجدانا والثمن انما وقع بإزاء شخص المبيع وبقية المالية الفائتة غير متداركة فلا بد للمالك من تداركها على المشتري.

السادسة: يمكن تصوير الأرش المستغرق للقيمة وهو فيما إذا لم يكن العيب موجبا لخروج الشيء عن المالية رأسا ولكن يحتاج إلى صرف مقدار قيمته أو أكثر لإزالة عيبه فالبيع صحيح والخيار ثابت والأرش متحقق لشمول

(١) و (٢) و (٣) الوسائل باب: ٤ من أبواب أحكام العيوب حديث: ٦ و٨ و٣.

(٤) و (٥) و (٦) و (٧) و (٨) الوسائل باب: ٤ من أبواب أحكام العيوب حديث: ٢ و٤ و٧ و١ و٥.

الأدلة لهذه الصورة أيضاً. وأما إذا كان العيب موجبا لسلب المالية رأسا فلا موضوع للخيار حينئذ لبطلان البيع وأمثلة القسمين كثيرة كما لا يخفى.

السابعة: يجوز لهما التراضي عن الأرش بكل ما يتراضيان عليه كما يجوز إسقاط أصله وذلك كله لأن الحق بينهما حدوثا وبقاء.

بقي الكلام في أمرين.

أحدهما: انه هل يتعين أن يكون الأرش من عين الثمن أو يجزي من غيره؟

ثانيهما: انه على فرض الإجزاء من الغير هل يعتبر أن يكون من النقدين أو يكفي من غيرهما أيضاً؟

أما الأول: فلا ريب في ان الأرش ليس من التكليف المحض بل هو نحو حق قابل للإسقاط والانتقال وهذا الحق في مرتبة ثبوته مردد بين كونه من المالية المحضة أو مقيدة بخصوص الثمينة فقط، والأول معلوم قطعا والثاني مشكوك ثبوتا فيجري فيه الأصل إثباتا فلا دليل على تعين كونه من الثمن بعد الشك في أصل اشتغال الذمة بهذه الخصوصية.

وأما الأخبار فما اشتمل منها على لفظ «قيمة العيب» أو لفظ «الأرش» فلا ريب في كونهما أعم من خصوص الثمن وما اشتمل منها على لفظ «الثمن» كصحيحي زرارة وابن سنان فإن استفيد منه أن ذكره من باب الخصوصية لإخراج الأرش منه تعينه في ذلك وجب ذلك، وأما ان احتمل فيه أن ذكره من حيث كونه طرفا لنسبة الأرش إليه من حيث لحاظ التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب وطرف تعيين مقدار مالية الأرش فلا تدل على تعين كونه منه. وهذا الاحتمال يكفي في سقوط الاستدلال كما هو واضح.

وأما الثاني: وهو انه هل يتعين أن يكون الأرش من النقدين، أو يكفي كونه من غيرهما من كل ماله مالية في الجملة أي شيء كان فمقتضى الأصل عدم اعتبار خصوصية النقدية أيضاً، لأن اعتبار أصل المالية معلوم وخصوصية

من الستة اثنان وهكذا (٢٨٧)، ولا بد فيه من مراجعة أهل الخبرة (٢٨٨)، ويكفي قول واحد منهم مع حصول الوثوق والاطمئنان (٢٨٩)، ولا يعتبر

النقدية مشكوكة ثبوتا، فإن كان عرف معتبر على الخلاف يتبع لا محالة وإلا فيبقى الأصل بحاله.

وعن جمع منهم الشيخ الأنصاري رحمه الله أن الأصل في ضمان المضمونات النقد وهو صحيح في الجملة في هذه الأعصار وفي غالب الأمكنة وأما ما قلّت النقود فيها وكانت المعاوضات فيها على تبادل الأجناس بعضها مع بعض كما أدركنا بعض تلك الأزمنة فأي دليل على تعيين النقدين فيها، ويشهد لذلك ما جعله الشارع في دية النفس من النقدين وغيرهما فراجع وطريق الاحتياط التراضي عند دفع غير النقدين خصوصا مع جريان العادة على النقد ولو في الجملة.

(٢٨٧) لأن النسبة بين التسعة التي تكون قيمة الصحيح والستة التي تكون قيمة المعيب بالثلث فينقص من الثمن الثلث وهكذا.

(٢٨٨) لأنهم أعرف بهذه الأمور من الفقيه، بل لا بد للفقيه أن يرجع إليهم أيضاً في تشخيص هذه الأمور وطريق الاحتياط التراضي مع ذلك.

(٢٨٩) لحجية الوثوق والاطمئنان عند العقلاء مطلقا سواء كان ذلك في الأحكام أو في الموضوعات ولم يرد دليل على الردع إلا ما يقال من الآيات والروايات الناهية عن العمل بغير العلم.

وهو مخدوش: لأن المراد بغير العلم ما لا يعتمد عليه العقلاء والمفروض اعتمادهم على ما يوثق به ويحصل الاطمئنان به والمراد بالعلم أعم من العلم الوجداني وكل ما يوجب الوثوق والاطمئنان ولولاه لاختل النظام، وجميع ما ورد في الاعتماد على ما يوثق به تقرير لبناء العقلاء ومرتكزاتهم.

التعدد والعدالة [(٢٩٠)] و الأحوط اعتبارهما [(٢٩١)].

(مسألة ١٧): لو اختلف أهل الخبرة في تقويم الصحيح أو المعيب أو هما معا، فقوّم الصحيح بعضهم بقدر معين والمعيب بقدر آخر منهم فان اتفقت النسبة ـ كما إذا قوّم بعضهم الصحيح بثمانية والمعيب بأربعة وبعضهم الصحيح بستة والمعيب بثلاثة فالتفاوت على كل منهما بالنصف

---

(٢٩٠) للأصل بعد حصول الوثوق والاطمئنان وعدم ما يصح الاعتماد عليه، لاعتبار التعدد والعدالة إلا ذيل خبر ابن صدقة في الشبهات الموضوعية: «و الأشياء كلها على ذلك حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة»[(١)]، وقولهعليه السلام: «حتى يجيئك شاهدان يشهدان أن فيه الميتة»[(٢)] وقولهعليه السلام في الهلال: «لا أجيز إلا شهادة رجلين عدلين»[(٣)].

بدعوى: استفادة القاعدة الكلية منها لجميع الشبهات الموضوعية.

وفيه. **أولا**: أن استفادة القاعدة الكلية مما ورد في هذه الموارد القليلة ممنوعة في مقابل بناء العقلاء على الاعتماد بمطلق الوثوق في الموضوعات و يقوم بذلك نظام معاشهم ومعادهم.

وثانيا: أن مورد الأخبار المتقدمة إنما هو الشهادة في الحسيات دون الاخبار من الحدسيات والمقام من الثاني دون الأول، ولو فرض الشك في أنه من أيهما لا يصح التمسك بهذه الأخبار فيه أيضاً، لأنه من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك.

(٢٩١) خروجا عن خلاف من قال بذلك وإن لم يكن له دليل معتبر. ثمَّ انه لا ريب في ان القضية إما خبرية أو إنشائية والأولى تتصف بالشهادة تارة وبالخبر

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يكتسب به.
(٢) الوسائل باب: ٦١ من أبواب الأطعمة المباحة.
(٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب أحكام شهر رمضان.

فيكون الأرش نصف الثمن [٢٩٢]، وان اختلفت النسبة كما إذا قوّم بعضهم.

الصحيح بثمانية والمعيب بأربعة، وبعضهم الصحيح بثمانية والمعيب بستة، فتكون النسبة على الأول بالنصف وعلى الأخير بالربع فيبنى على الأقل [٢٩٣] و الأحوط التصالح [٢٩٤].

المحض أخرى ومقسمهما الجملة الخبرية ولا ريب في اختلاف الخبر والشهادة مفهوما والاختلاف بينهما في الجملة.

وقد فرقوا بين الشهادة والخبر بوجوه.

منها: الفرق من جهة اعتبار التعدد وعدمه فالأول شهادة والثاني خبر.

ومنها: الفرق من جهة الغرض فإن كان مجرد الاعلام فخبر وإلا فشهادة.

ومنها: أن ما يحكي عن الحكم أو الموضوع الكلي فخبر وما كان في مقام بيان التطبيق فشهادة إلى غير ذلك مما قيل.

والكل فيه نحو إشارة إلى المغروس في الأذهان وإن كان قابلا للخدشة أيضاً لكنه من الخدشة في شرح الاسم فلا وجه لأن يضيع فيها الوقت الثمين وقد ذكرنا بعض الكلام في كتاب الشهادة.

(٢٩٢) لأنه لا تعارض بالنسبة إلى طبيعي النصف المستفاد من كلامهما فهما متفقان عليه من هذه الجهة فلا تعارض حينئذ في البين فيعمل بمقتضى البينتين لوجود المقتضى وفقد المانع.

(٢٩٣) لأن الثبوت الواقعي للحق بأكثر منه مشكوك فيرجع فيه إلى البراءة بعد عدم تمامية الحجية على ثبوت الأكثر.

(٢٩٤) لأن في ال(مسألة وجوها فينبغي فيها مراعاة الاحتياط وهي:

الأول: الأخذ بقول الأكثر لأنه مثبت.

الثاني: القرعة لأنها لكل أمر مشتبه.

الثالث: الأخذ بأرجح القولين.

الرابع: الرجوع إلى القرعة في تعيين أحد القولين.

الخامس: تخيير الحاكم بعد عدم إمكان الجمع وفقد المرجح.

والكل مخدوش. إذ الأول: مخالف للأصل مع إمكان أن يكون الأقل أيضاً مثبتا.

والثاني: بأنه لا تصل النوبة إلى القرعة إلا بعد فقد كل أصل موضوعي وحكمي، وقد مر أن مقتضى الأصل هو الأقل، مع أن القرعة لا يعمل بها إلا بعد تعاضدها بإجماع الأصحاب أو نص معتبر يدل عليه بالخصوص وهما مفقودان في المقام، والثالث مفروض العدم وإلا فمع وجود الترجيح المعتبر في البين لا بد من العمل به، مع أن تخيير الحاكم في حقوق الناس لا وجه له، لأنه يرجع إلى التخيير بين أداء الحق إلى مستحقه وتركه.

ثمَّ انهم استدلوا على الجمع بين القولين وأخذ النسبة بينهما بوجهين.

أحدهما: قاعدة ان الجمع بين المتعارضين أولى من الطرح مهما أمكن.

ثانيهما: انه من الجمع بين الحقين أي البائع والمشتري وملاحظة الطرفين.

وفيه: أن قاعدة أن الجمع مهما أمكن أولى من الطرح ليست من القواعد المعتبرة مطلقا ومورده على فرض اعتبارها إنما هو قول الشخص الواحد أو من كان بمنزلته كالأخبار الصادرة عن الأئمة عليهم السلام حيث انهم بأجمعهم لسان واحد، وأما في الحدسيات والاجتهادات المختلفة فلا دليل عليه من عقل أو نقل، وليس المقام من الجمع بين الحقين، لعدم الموضوع له بل من دوران الأمر بين الاستحقاق وعدمه لاستحقاق المشتري واستحقاق البائع فلا وجه للجمع بين الحقين من هذه الجهة وقد اضطربت الكلمات في المقام كما لا يخفى على من راجع المطولات فلا بد من التصالح.

(مسألة ١٨): لو باع شيئين صفقة واحدة فظهر العيب في أحدهما فإن للمشتري أخذ الأرش أو رد الجميع [٢٩٥]**، ويجوز له التبعيض برد المعيب**

ثمَّ إن المشهور ملاحظة قيمتي الصحيح وقيمتي المعيب وتنصيف كل من القيمتين فتصير على هذا قيمة الصحيح نصف مجموع قيمتي الصحيح وقيمة المعيب نصف مجموع قيمتي المعيب وهذا هو المراد بالقيمة المنتزعة في كلما تهم ثمَّ ملاحظة نسبة القيمة المنتزعة للصحيح إلى القيمة المنتزعة للمعيب فإن كان التفاوت بينهما بالربع مثلا أخذ من ثمن المسمى ربعه وإن كان بالثمن فثمنه وهكذا.

وأسهل منه ملاحظة مجموع قيمة الصحيح ومجموع قيمتي المعيب وملاحظة نسبة المجموع إلى المجموع والأخذ من الثمن بتلك النسبة، فإن النسبة بين المجموعين هي عين النسبة بين نصفيها.

ونسب إلى الشهيد رحمه الله طريق آخر لأخذ النسبة وهو ملاحظة قيمة المعيب إلى صحيحه في كل من التقويمين وأخذ الكسر الحاصل من نسبة كل معيب إلى صحيحة ثمَّ تنصيف الكسرين مثلا فالمشهور على ملاحظة النسبة بين القيمتين المنتزعتين والشهيد على ملاحظتها بين الكسرين، والطريقان قد يتحدان وقد يختلفان والظاهر ان مراد المشهور أيضاً ما نسب إلى الشهيد، لأنه ليس لتقويم الصحيح والمعيب من حيث هما موضوعية خاصة بل هو طريقي ومقدمي لملاحظة النسبة والكسر المتحقق في البين فالمشهور نظروا إلى المقدمة والطريق من حيث هو طريق وأوكلوا مورد التفاوت إلى المتعاملين بأن يتراضيا بينهما بما شاء، لأنه قد جرت السيرة بين الناس في هذه الأمور بالتسامح والتراضي. ومنه يظهر أن تطويل الكلام في المقام مما لا ينبغي لندرة الابتلاء وبناء الناس على المسامحة غالبا لا على الدقة، والشهيد نظر إلى نفس النتيجة أولا وبالذات.

(٢٩٥) لوجود المقتضى لخيار العيب وفقد المانع عنه فتشمله الأدلة لا محالة.

وحده، وكذا لو اشترك اثنان في شراء شيء فوجداه معيبا يجوز لأحدهما رد حصته خاصة وإن لم يوافقه شريكه في ذلك، وهكذا لو اشترك اثنان في بيع شيء فوجد الثمن معيبا يجوز لأحدهما رد حصته خاصة وإن لم يوافقه شريكه(٢٩٦). ولكن الأحوط عدم الخيار مطلقا إلا برضا الطرفين

---

(٢٩٦) التعدد الموجب للتبعيض إما في الثمن أو في المثمن أو في البائع أو في المشترى والبحث في ذلك.

تارة: بحسب القاعدة.

واخرى: بحسب الأدلة الخاصة.

أما الأولى: فلا محذور من عقل أو شرع أو عرف في تعدد حق الخيار بالنسبة إلى أبعاض العوضين وأفراد المتعاملين فالانحلال العرفي انما يتحقق بحسب الأغراض المعاملية وليست هذه الانحلالات بيد الشارع حتى نتعبد بها بل هي من الاعتباريات العرفية وسوادهم فما دام رأوا إنها غير ممتنعة ولم يردع عنها الشرع يصح الأخذ بها، لأن أساس المعاملات وما يتعلق بها للعرف ومنهم إلا مع تحديد شرعي فيها بنص صحيح أو إجماع صريح، وإذا راجعنا العرف لا يرون في انحلال حق الخيار في المقام بأسا، فلزوم العقد في المعيب ضرر على المشتري، كما ان لزوم العقد بالنسبة إلى الصحيح في فرض خيار المشتري في المعيب ضرر على البائع ونتيجة ارتفاع كلا اللزومين خيار العيب للمشتري وخيار تبعض البيع للبائع، وكذا الكلام فيما إذا تعدّد البائع واتحد المشتري أو بالعكس فالمقتضي للخيار موجود والمانع عنه مفقود لأن ما يتوهم فيه المانعية أمور.

الأول: متعلق الخيار مجموع ما وقع عليه العقد.

الثاني: التبعيض مستلزم للضرر على البائع.

الثالث: مع التبعيض لا يصدق قيام الشيء بعينه فلا وجه للخيار كما في

خصوصا في القسم الأول (٢٩٧).

(مسألة ١٩): لو اختلفا في العيب وعدمه، أو اختلفا في كون الموجود عيبا مع عدم إمكان تبين الحال، أو اختلفا في أن حدوث العيب كان في عهدة البائع ـ كما إذا كان قبل القبض أو في زمان الخيار ـ أو انه بعد ذلك فالقول قول منكر الخيار في جميع ذلك مع يمينه (٢٩٨).

مرسل جميل[1]

الرابع: انصراف الأدلة إلى صورة وحدة العقد ووحدة الخيار.

والكل مخدوش. أما الأول: فهو خلاف ظاهر الأدلة، وخلاف وجدان المتعاملين في أغراضهم النوعية المعاملية وبعد صحة انحلال حق الخيار لا وجه لهذا الاحتمال.

وأما الثاني: فلا وجه للضرر بالنسبة إليه بعد ثبوت خيار التبعيض له.

وأما الثالث: فلان متعلق الخيار إذا كان البعض المعيب فلا ريب في صدق كونه قائما بعينه.

وأما الأخير: فهو ممنوع وعلى فرضه يكون بدويا فمقتضى القاعدة جواز التبعيض مطلقا.

وأما بحسب الأدلة الخاصة فليس في البين إلا دعوى عدم الخلاف بالنسبة إلى القسم الأول فقط وفي كونه من الإجماع المعتبر اشكال إن لم يكن فيه منع.

(٢٩٧) خروجا عن خلاف من خالف خصوصا في الصورة الأولى التي ادعي عدم الخلاف في عدم الخيار فيها.

(٢٩٨) لأصالة اللزوم في جميع تلك الأقسام بعد عدم أصل موضوعي في البين ولا قرينة معتبرة على الخلاف وأما اليمين فلقطع الخصومة واللجاج.

---

(١) تقدم في صفحة :١٩١.

(**مسألة ٢٠**): لو رد المشتري على البائع متاعا وقال أن هذا متاعك وهو معيب وأنكر البائع ذلك يقدم قول البائع [٢٩٩]، وإذا اتفقا على الخيار واختلفا في المتاع فقال المشتري هو لك وأنكره البائع فللمشتري إعمال الخيار [٣٠٠] ويقدم قول البائع في إنكاره للمبيع المردود [٣٠١].

(**مسألة ٢١**): لو اتفقا على أصل ثبوت الخيار واختلفا في سقوطه وعدمه قدم قول من يدعى عدم السقوط [٣٠٢].

(**مسألة ٢٢**): العيب الموجب للخيار ما كان قبل العقد، أو بعده وقبل القبض، أو بعدهما وقبل انقضاء الخيارات الثلاثة [٣٠٣] و إن كان بعد ذلك فلا يوجب الخيار مطلقا [٣٠٤] إلا في موارد أربعة: الجنون، والبرص، والجذام، والقرن فإنها لو حدثت إلى سنة من يوم العقد يثبت لأجلها الخيار [٣٠٥] و لأجل ذلك سميت بأحداث السنة.

---

(٢٩٩) لأصالة اللزوم وعدم موجب للخيار، وأصالة عدم وقوع بيع البائع على ما رده المشتري إليه، ونتيجة هذا النزاع ترجع إلى ثبوت موجب الخيار وعدمه ومقتضي الأصل اللزوم إلا أن يثبت المشتري الخيار.

(٣٠٠) لاتفاقهما عليه بلا نزاع لهما فيه.

(٣٠١) لأصالة عدم وقوع بيعه على هذا المتاع بالخصوص إلا إذا أثبت المشتري وقوع البيع عليه بالخصوص. وما نسب إلى الإيضاح من تقديم قول المشتري لأصالة عدم خيانته.

باطل: لأنه تغيير لصورة النزاع بلا وجه، لأن المناط في الدعاوي مفادها الظاهري في المحاورات العرفية لا كلما أمكن للحاكم الشرعي إرجاع الدعوى إليه وتطبيقه مع أي أصل من الأصول مهما أمكن.

(٣٠٢) لاستصحاب بقائه بلا فرق فيه بين أنحاء المسقطات.

(٣٠٣) لما مر في المسائل السابقة.

(٣٠٤) للأصل، والإطلاق، والاتفاق.

(٣٠٥) لقول مولانا الرضاﷺ في خبر علي بن أسباط: «الخيار في الحيوان

(مسألة ٢٣): خيار العيب على الفور [٣٠٦].

ثلاثة أيام للمشتري وفي غير الحيوان أن يفترقا. وأحداث السنة ترد بعد السنة قلت: وما أحداث السنة؟ قال‌عليه‌السلام: الجنون والجذام والبرص والقرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد على صاحبه إلى تمام السنة من يوم اشتراه»[١] وقريب منه غيره ولا بد من حمل ما اشتمل على ذكر بعضها[٢] دون تمامها على أنه من باب الاكتفاء بذكر البعض عن الكل، وعلى أي تقدير لا بد وان تحمل الروايات المخالفة للمشهور[٣] أو ردها إلى أهلها، لعدم مقاومتها لما هو المشهور.

ثمَّ أن القرن شيء يحدث في الفرج يمنع من الوطي فما في ذيل حديث ابن فضال عن أبي الحسن الرضا‌عليه‌السلام قال: «تردّ الجارية من أربع خصال: من الجنون والجذام، والبرص، والقرن. القرن: الحدبة إلا أنها تكون في الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر»[٤] لا وجه له سواء كان التفسير من الامام‌عليه‌السلام أو من صاحب الكافي قدس سره.

وحيث أن ال(مسألة غير ابتلائية في هذه الأعصار وما قاربها فلا وجه للتفصيل مع وجود الأهم في البين، وفي الرجوع إلى المفصلات غنى وكفاية فإنهم رحمهم الله بذلوا الجهد فيما يتعلق بهذه المسائل.

(٣٠٦) لما عن الغنية من دعوى الإجماع عليه ولولاه أمكن أن يقال: أن مقتضى إطلاق الأدلة واستصحاب بقاء الخيار هو التراخي بناء على ما هو الحق من عدم الفرق في جريان الاستصحاب بين الشك في المقتضي والشك في الرافع إلا إذا رجع إلى الشك في أصل موضوع المستصحب هذا وقد ناقش شيخنا الأنصاري في الإجماع فراجع.

وأما الإشكال في الإجماع ومخالفة بعض فلا يضر بعد أن كان منشأ

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب أحكام العيوب حديث: ٤.

(٢) و (٣) الوسائل باب: ٢ من أبواب أحكام العيوب حديث: ٢ و ٣.

(٤) الوسائل باب: ٢ من أبواب أحكام العيوب حديث: ١.

(مسألة ٢٤): لو اختلفا في علم المشتري بالعيب قبل العقد وعدمه قدم قول منكر العلم به فيثبت الخيار (٣٠٧)، ولو تسالما على العيب واتفقا على حدوث عيب فيه أيضاً واتفقا على زوال عيب في الجملة أيضاً واختلفا في أن الزائل كان ما وقع عليه العقد وزال قبل القبض فلا خيار في البين أو ان الزائل العيب الحادث، فالخيار باق (٣٠٨).

(مسألة ٢٥): لو اختلفا في جهل المشتري بأصل الخيار، أو فوريته بناء عليها ـ يقدم قول المنكر (٣٠٩)، ولو اختلفا في البراءة من العيوب أو اتفقا عليها واختلفا في السماع وعدمه يقدم قول المنكر (٣١٠).

المخالفة لأجل الاستظهارات الاجتهادية.

كما أن اقتضاء الفورية على كون مدرك خيار العيب قاعدة الضرر لأن من له الخيار لو التفت ولم يعمل الخيار فيتحمل الضرر باختياره فلا وجه للخيار.

مردود: لأن تحمل الضرر شيء والمساهلة في إعمال الخيار شيء غيره لا ربط لأحدهما بالآخر كما هو واضح.

(٣٠٧) لأصالة عدم العلم بالعيب فيقدم قول المشتري.

(٣٠٨) لأصالة عدم سقوط الخيار.

(٣٠٩) للأصل مع عدم قرينة على الخلاف.

(٣١٠) للأصل، وظهور الإجماع. وأما خبر جعفر بن عيسى قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي، فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن فربما زهد، فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوبا وإنه لم يعلم بها فيقول المنادي:

قد برئت منها فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها أ يصدق فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب عليه السلام: عليه الثمن»[1] فلا بد من رد

---

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب أحكام العيوب.

(مسألة ٢٦): المرجع في موضوع العيب في كل شيء أهل الخبرة بذلك الشيء بلا فرق بين العيب الظاهر والخفي [٣١١]، ومع الاختلاف فمع سبق السلامة يرجع إليها وكذا في العيب [٣١٢]، ومع الجهل بالحالة السابقة فلا خيار [٣١٣].

(مسألة ٢٧): الثقل الخارج عن المتعارف في الأذهان ونحوها عيب يثبت به الخيار [٣١٤].

فائدة: ذكر الشهيد‌ في المقام خيار التدلس، وخيار تعذر التسليم

علمه إلى أهله لوهنه باعراض المشهور.

(٣١١) بعد صدق العيب على الخفي أيضاً، وقد مر قول أبي جعفر عن أبيه عن آبائه‌عليهم‌السلام عن النبي‌صلى‌الله‌عليه‌وآله: «كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب»[1] والتشخيص في جميع ذلك موكول إلى ثقات أهل الخبرة.

(٣١٢) للاستصحاب في كل منهما.

(٣١٣) لأصالة اللزوم التي تقدم مكررا اعتبارها.

(٣١٤) نصا، وإجماعا ففي خبر ابن عبد العزيز عن الصادق‌عليه‌السلام: «قلت له: رجل اشترى زق زيت فوجد فيه درديا قال‌عليه‌السلام: «إن كان يعلم أن ذلك يكون في الزيت لم يرده وإن لم يكن يعلم أن ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه»[2]

ولكن الصور أربعة: أن يكون الدردي موجبا لنقص المالية في المبيع عرفا فلا ريب في كونه موجبا لخيار العيب.

الثانية: ما إذا لم يوجب ذلك وباع الظرف والمظروف المعين بكذا فبان دردي يوجب نقص كمية المظروف عما زعمه المشتري والبيع صحيح لمعلومية المبيع عرفا وهذا المقدار يكفي في الصحة، ونقص كمية المظروف يكون من قبيل تخلف الداعي الذي لا يضر بالصحة.

---

(١) تقدم في صفحة: ١٨٩.

(٢) الوسائل باب: ٧ من أبواب أحكام العيوب حديث: ١.

وخيار الاشتراط أي: عـدم تسـليم الشـرط لمـن اشـترط له [٣١٥]، وخـيار الشركة[٣١٦] و خيار التفليس [٣١٧] و يمكن إدخال جميع ذلك فيما تقدم مـن أقسام الخيارات.

الثالثة: ما إذا باع ما في المظروف على انه مقدار خاص معين فبان كونه ناقصا عما عينه، الظاهر أن البيع صحيح وله حق مطالبة المقدار الناقص وعـليه يحمل خبر السكوني عن جعفر عن أبيهعليه السلام: «أن علياعليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربّا فخاصمه إلى عـليعليه السلام فقال له عليعليه السلام لك بكيل الرب سمنا، فقال له الرجل: إنما بعته منك حكرة فقال له عليعليه السلام إنما اشترى منك سمنا ولم يشتر منك ربّا»[١]

الرابعة: لو باع سمنا مثلا مشاهدا مع امتزاجه بما لا يتمول كما إذا بـاعه سمنا مشاهدا فيه صخرة مجهولة المقدار، الظاهر بطلان البيع للجهل بمقداره.

(٣١٥) ويصح أن يستدل لها بقاعدة الضرر، ويمكن جعلها من صـغريات خيار تخلف الشرط بتعميم الشرط بالشرط البنائي المعاملي العقلائي كـما هـو كذلك في الواقع.

(٣١٦) كما لو ظهر بعض المبيع أو الثمن الشخصي مستحقا للغير ويسمى خيار تبعض الصفقة أيضاً، ويمكن إدخالهما في العيب بتعميم العيب بكل ما فيه نقص في الغرض المعاملي وإن لم يكن نقصا في أحد العوضين.

(٣١٧) وهو فيما إذا وجد غريم المفلس متاعه فإنه يتخير بين أخذه مقدما على الغرماء وبين الصرف بالثمن معهم وهو ثابت بدليل خاص كـما يـأتي فـي محله.

وبالجملة: يمكن إدخال بعض أقسام الخيارات في بـعضها الآخـر وليس ذلك من النزاع المعنوي في شيء وقد تقدم في الثامن من الأمور التي ذكرناها في أول مباحث الخيار ما يتعلق بالمقام والله تعالى هو العالم.

---

(١) الوسائل باب: ٧ من أبواب أحكام العيوب حديث :٣.

فصل في الشروط وما يتعلق بها

البحث في الشروط من جهات.

الأولى: المعنى الجامع للشرط في جميع استعمالاته الشد والربط ويستعمل بهذا المعنى في التكوينيات كشرطية المحاذاة للإحراق وطلوع الشمس للنهار، وفي المجعولات الاعتبارية ـ شرعية كانت أو عرفية ـ كشرطية الطهارة للصلاة، والقدرة على التسليم في البيع مثلا. ويعبر عن القسم الثاني بالتعهد أيضاً، لأن التعهد بشيء نحو شد وربط له بالعهدة، فالجامع القريب بين جميع موارد استعمالاته انما هو الشد سواء استعمل في الفقه أو في الأصول أو العلوم الأدبية وغيرها، ولو قيل أن مادة الكلمة كانت بحسب الأصل (الشد) فبدلت إحدى الدالين (راء)و الأخرى (طاء)توسعة في الاستعمالات، لم يكن به بأس.

وكيف كان فهل يعتبر أن يكون هذا الشد والربط في ضمن التزام آخر أولا؟ مقتضى الأصل والإطلاق، واستقلالية المفاهيم الاسمية في مرتبة ذاتها عدم اعتبار ذلك، فيصح استعماله مستقلا في المحاورات الصحيحة العرفية من دون أن يكون في ضمن التزام آخر، فيقال: شددت حبل مودتك بعنقي، وربطت رأيي برأيك، وتعهدت لك بكذا، وشرطت لك على نفسي بكذا. والكل صحيح في المحاورات ولا يعد ذلك غلطا محاوريا، وفي حديث بريرة: «إن قضاء الله أحق وشرطه أوثق، والولاء لمن أعتق»[1] وعن علي عليه السلام: «إن شرط الله قبل شرطكم»[2] وعن الصادق عليه السّلام: «ما الشرط في الحيوان؟ قال عليه السلام: ثلاثة أيام.

---

(١) التاج الجامع للأصول ج: ٢ صفحة: ٢٧٢ طبعة بيروت.

(٢) الوسائل باب: ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه حديث :٣.

قلت: وفي غيره. قال عليه السلام: هما بالخيار حتى يفترقا»[١] وأطلق على النذر أيضاً، كما في رواية منصور عن العبد الصالح: «في من نذر أن يطلق زوجته. قال عليه السّلام: فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم»[٢] وقد أتعب بعض مشايخنا قدس سره نفسه الشريفة في إرجاع ذلك كله إلى الالتزام، ولكنه خلاف المنساق منها عرفا.

نعم، الغالب في الشروط وقوعها في ضمن التزام آخر، ولكن الغلبة الوجودية لا تكون مقومة لمفهوم اللفظ، كما هو واضح ثمَّ إنه بعد صدق الشرط على الشروط الابتدائية يوجب الوفاء بها أيضاً إلا مع وجود دليل على الخلاف ولا دليل عليه الا دعوى الإجماع عليه.

وفيه. **أولا**: إنه اجتهادي.

وثانيا: ان المتيقن منه على فرض اعتباره خصوص الوعد، وربما يأتي ما يناسب المقام.

الثانية: الشرط بمعنى الربط واللزوم في أي مورد استعمل يكون مشتقا ولا وجه لجموده مطلقا، فما عن الشيخ الأنصاري قدس سره من إنه إذا استعمل في ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة أن يلزم من وجوده الوجود يكون جامدا ولا مصدر له، فليس فعلا لأحد، واشتقاق المشروط والشارط منه ليس على الأصل، ولذا ليس بمتضايفين، بل الشارط هو الجاعل والمشروط من جعل له الشرط كالمسبب (بالكسر والفتح)المشتقين من السبب.

فاسد. **أما أولا**: فلأنه أيضاً بمعنى الربط واللزوم إلا أن الحاكم به.

تارة: هو العقل.

وأخرى: الشارع.

وثالثة: العرف كما يدل عليه الوجدان.

والشرط في جميع موارد استعمالاته مطلقا مشتق ويتعد باللام، وعلى، وفي، يقال: اشترط زيد لنفسه على عمرو، ويشترط الوضوء في الصلاة،

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب الخيار حديث :٥.

(٢) تقدم في صفحة :١٢١.

و الاشتقاق المعنوي سهل المؤنة ونسبة المعنى المشتق منه إلى الفروع المتفرعة عنه نسبة المادة المبهمة من كل حيثية وجهة إلى الصور العارضة عليه ونسبة اللامتحصل المحض إلى المتحصل وهذا أوضح شيء لكل من راجع وجدانه.

وأما ثانيا: فلأنه لا يكون عدم التضايف دليلا على كونه جامدا إذ لم يذكر أحد عدم ذلك علامة للجمود ووجوده علامة للاشتقاق وإنما هو أمر يصح اعتباره في المشتقات ويصح ذلك في المقام أيضاً، لأن المشروط بعنوان المجعولية والمفعولية مضائف للشارط وجدانا.

نعم، بمعنى المشروط فيه لا تضايف بينهما دقة، ولكنه موجود عرفا وعناية، وكذا في الطهارة والصلاة فإنها مجعول فيها الشرط من الجاعل ولا يلزم أن يكون التضايف بصيغة الفاعل والمفعول بل يكفي بنحو الاعتبار بأي نحو أمكن.

الثالثة: ما هو المتعارف بين الناس في شروطهم المجعولة في معاملاتهم ومنشئاتهم انما هو الإلزام والالتزام وهو المنساق من الشروط المذكورة في السنة، وظاهر كلمات الفقهاء أيضاً.

نعم، لو كانت قرينة في البين على أنه من التقييد والشرط الأصولي لا بد من حمله عليه من جهة القرينة حينئذ، وتظهر في موردين.

الأول: انه على الأول لا تبطل المعاملة والإنشاء مع عدمه، بل يثبت حق الإجبار والخيار، وعلى الثاني تبطل مع العدم، ومع الشك في أنه من أيهما فالأصل بقاء أثر المعاملة إلى أن يتبين الحال. هذا إذا صدق عنوان المعاملة عرفا بدون القيد، وأما مع عدم الصدق أو الشك فيه فمقتضى الأصل عدم ترتيب الأثر. ثمَّ انه بعد فرض الصدق يكون الشرط من الالتزام فيثبت حق الإجبار ثمَّ الخيار ظاهرا.

الثاني: انه عند الإطلاق يحمل على المعنى الأول، لأنه المنساق المتعارف عند الناس، دون الثاني لأنه اصطلاح خاص يحتاج إلى القرينة.

(مسألة ١): يصح جعل الشرط في البيع [١]**، وكل عقد ـ لازما كان أولا ـ** [٢]**.**

(مسألة ٢): يجب الوفاء بالشرط كما يجب الوفاء بأصل العقد المشروط فيه إن كان لازما [٣]**. وإن كان جائزا فلوجوب الوفاء بالشرط**

---

(١) للإطلاق، والاتفاق، بل الضرورة من الفقه، ونصوص خاصة تأتي الإشارة إلى بعضها.

(٢) لظهور الإطلاق والاتفاق.

(٣) للنص والإجماع وبناء العقلاء، فعن النبي صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[١] وعن علي عليه السلام: «من شرط لامرأته فليف لها به. فان المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا، أو حلل حراما»[٢] ويدل عليه نفس أدلة وجوب الوفاء العقد بعد كون الشرط من متممات أحد العوضين. وأما احتمال إن قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شرطهم» إخبار عن مقامات المؤمنين ومعاملاتهم النفسانية فلا يدل على الوجوب فساقط لأن هذا الخبر وأمثاله إمضاء وتقرير للقضية الفطرية التي جبلت النفوس عليها من لزوم الوفاء بالالتزامات مطلقا والذم والاستنكار بالنسبة إلى من ينقضها ومدح من يفي بها، وقد ثبت في محله أن الجملة الخبرية الواردة في مقام الإنشاء تدل على الوجوب خصوصا في مثل المقام لوجود قرائن عليه، منها ما مر من كونه ارتكازيا، ومنها قوله صلى الله عليه وآله: «إلا ما حلل حراما أو حرم حلالا» فإنه ظاهر عرفا في أن غيره يجب الوفاء به. ومنها قوله عليه السلام: «إلا من عصى الله»[٣] كما في بعض الكتب بناء على كونه استثناء عن المشروطية عليه، كما هو الظاهر، ويظهر من الشهيد رحمه الله في اللمعة أنه لا يجب

---

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب الخيار حديث: ٥.

(٣) راجع مستدرك الوسائل باب: ٥ من أبواب الخيار ٣ ولكن في الروضة للشهيد ذكر النص.

ما دام العقد باقيا وجه [٤]. ويشترط في وجوب الوفاء بالشرط أمور.

على المشروط عليه فعل الشرط وانما فائدة الشرط جعل العقد عرضة للـزوال بتسلط المشروط له على الخيار مع عدم وفاء المشروط عليه بالشرط. وخلاصة مراده ومن تـبعه أن تـخلف الشـرط يـوجب الخـيار أولا وليس للشـارط إلزام المشروط عليه بالوفاء، للأصل وبناء عـلى المشـهور التـخلف يـوجب تسـلط المشروط له على إلزام المشروط عليه بالوفاء ومع عدم الإمكان فله الخيار بعد ذلك. ويمكن إرجاع كلام الشهيد إلى المشهور أيضاً ان كان الشرط عنده بمعنى الإلزام والالتزام. وأما ان كان بمعنى التقييد فلا إشكال في الانقلاب أولا. وبذلك يمكن أن يجعل النزاع صغرويا فكل من يقول أن الشرط بمعنى التقييد الأصولي يقول بالخيار مع عدمه، ومن يقول بالالتزام يقول بالإجبار.

(٤) لعموم قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم». ولا ينافي ذلك جواز أصل العقد، لأن جواز أصل العقد شيء ووجوب الوفاء بالشرط المذكور فـيه مـا دام العقد باقيا شيء آخر لا ربط لأحدهما بالآخر، فيكون كوجوب الإنـفاق عـلى الزوجة مع جواز طلاقها في كل وقت، وكحرمة جملة من الأمور على المعتكف مع جواز رفع اليد عن أصل الاعتكاف في اليومين الأوليـن إلى غـير ذلك مـن الأمثال والنظائر، ولا دليل على امتناع ذلك من عقل أو نقل، وليس دليل وجوب الوفاء بالشرط منحصرا بدليل وجوب الوفاء بالعقد حتى يقال: إنه إذا لم يـجب الوفاء بالعقد كيف يجب الوفاء بالشرط، كما يظهر ذلك من صاحب الجواهر، لأن قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» أدل دليل على وجوب الوفاء بالشرط فـهو يكفي في وجوب الوفاء به وإن لم يجب الوفاء بالعقد.

نعم، لو كان في البين إجماع معتبر على عدم وجوب الوفاء به نقول بذلك من جهة التعبّد بالإجماع، ولكنه مشكل بل ممنوع، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم، مع إن ظاهرهم وجوب الوفاء بالشروط المذكورة في العقود الخيارية،

الأول: كونه مقدورا للمشروط عليه، فيلغو ما لا قدرة له بالنسبة إليه [٥]، ويكفي الاطمئنان العرفي بقدرته وإن احتمل تخلل مانع في البين [٦]، ومنه اشتراط ما هو محرم شرعا [٧].

فأي فرق بينها وبين الجائزة بالذات.

(٥) لاتفاق الفقهاء بل العقلاء عليه، بلا فرق بين كون الشرط فعلا لأحد المتعاقدين أو الثالث، أو وصفا ـ حاليا أو استقباليا ـ أو من شرط النتيجة بعد كفاية نفس الشرط في تحققه، فإن جميع ذلك يصح مع القدرة، وهي أعم من المباشرة أو التسبيب ممن لم يقدر على شيء مباشرة. ويتمكن منها بواسطة غيره فهو قادر عليه. ويلغو مع عدمها، وفي الرجوع إلى الوجدان في كل ذلك غنى عن البرهان. وأما لو كان شرط النتيجة مما يحتاج إلى سبب خاص ولا يحصل بمطلق السبب فإن استفيد من الشرط التعميم بالنسبة إلى إحداث ذلك السبب يصح الشرط أيضاً والا فلا.

(٦) لأن المرجع في القدرة وعدمها إلى العرف وهم يكتفون بالاطمينان بها حتى مع احتمال تخلل المانع في اعتبار القدرة في سائر الموارد من العبادات والمعاملات فإنهم مع إحراز القدرة يقدمون على العمل به وإن احتملوا عروض مانع في البين. ثمَّ انه لا ريب في اختلاف القدرة وعدمها باختلاف الأشخاص والخصوصيات والمناط في القدرة على القدرة في ظرف العمل وهو قد يكون حاليا وقد يكون استقباليا.

(٧) لأن الممنوع شرعا كالممنوع عقلا، فيكون من غير المقدور، مضافا إلى الإجماع، وإطلاق قوله صلّى الله عليه وآله: «إلا شرطا حرّم حلالا أو حلل حراما»[١] فيمكن إدخال هذا الشرط في اشتراط أن لا يكون الشرط مخالفا للكتاب والسنة.

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب الخيار حديث: ٣.

الثاني: أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد (٨).

---

(٨) لبناء العقلاء وإجماع الفقهاء، ولأنه يرجع إلى قصد المتنافيين في شيء واحد من جهة واحدة وهو محال، فالشرط المنافي لمقتضى العقد خلاف بناء العقلاء في انشاءاتهم ومحاوراتهم، ومن المستنكرات بل المستحيلات العادية في الجملة لديهم.

ثمَّ إن الشرط المنافي فمقتضى العقد على أقسام.

الأول: أن يكون منافيا لنفس العقد من حيث هو كشرط عدم العوض، أو عدم الملكية في البيع مثلا.

الثاني: أن يكون منافيا لما هو كالمقوم له عرفا بلا واسطة، كعدم السلطنة على العوض في البيع، وعدم الزوجية في النكاح مثلا.

الثالث: أن يكون منافيا لما هو المقوم له مع الواسطة، كشرط عدم ترتب آثار السلطنة على العوض في البيع، وعدم ترتيب آثار الزوجية في النكاح. ولا ريب في بطلان أصل العقد في هذه الثلاثة لأنه يرجع إلى قصد المتنافيين وهو محال من العاقل الملتفت إن كان القصد من القصد الجدي، فلا وجه لصحة أصل العقد عند العقلاء، مضافا إلى الإجماع على البطلان. وإن أحرز أن قصد الشرط من القصد الهزلي لا الجدي فالشرط باطل، لعدم القصد الجدي فيه والعقد صحيح لوجود المقتضى وفقد المانع وإن شك في أن قصد الشرط من القصد الجدي أو الهزلي يمكن التمسك بأصالة الصحة في أصل البيع.

الرابع: الشرط المخالف لاقتضاء إطلاق العقد لا لذاته، سواء كان الاقتضاء اقتضاء عرفيا أو شرعيا، وكل منهما اما بلا واسطة أو معها، وهذه الأقسام الأربعة يصح الشرط فيها، لأن المفروض إن الاقتضاء إطلاقي لا ذاتي، ولا ريب في زوال الاقتضاء الإطلاقي بالشرط فينعدم موضوع المنافاة حينئذ.

الثالث: أن يكون فيه غرض صحيح عقلائي نوعيا أو شخصيا ـ (٩).

الرابع: أن لا يكون مخالفا للأحكام الشرعية المستفادة من الكتاب والسنة (١٠).

الخامس: الشرط المخالف لما هو خارج ولازم للعقد عرفا وقد قرره الشارع، أو ما هو خارج عنه ولازم للعقد شرعا.

وبعبارة أخرى: الأحكام العرفية للعقد المقررة شرعا والأحكام الشرعية اللازمة له بدوا، وكل منهما إما بلا واسطة أو معها. والحكم في جميع هذه الصور الأربعة البطلان، لظهور الإجماع، مضافا إلى كون الشرط مخالفا للكتاب. هذه خلاصة ما ينبغي أن يقال في المقام، ومن أراد التفصيل فليراجع المكاسب مع ما علق عليه مشايخنا قدس سره.

ثمَّ إنه. تارة: يعلم من الأدلة عدم مخالفة الشرط لمقتضى العقد.

واخرى: يعلم بالمخالفة.

وثالثة: يشك فيها.

وحكم الأولين معلوم، وفي الأخير يرجع إلى أصالة عدم المخالفة لمقتضى العقد بالعدم الأزلي، وأصالة الإباحة، والحلية الوضعية والتكليفية بالنسبة إلى الشرط، ويصح التمسك بالأصول اللفظية أيضاً بعد صدق الشرط عليه عرفا، فإنه حينئذ ليس من التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية.

(٩) لأن العهود والالتزامات العقلائية تدور مدار الأغراض الصحيحة، وبدونها يكون لغوا صرفا، مع قصور الأدلة عن شمول ما ليس فيه غرض صحيح، مضافا إلى الإجماع على عدم الاعتبار بما ليس فيه غرض صحيح، والأغراض تختلف حسب اختلاف الأشخاص والأمصار والأعصار.

(١٠) لأن بناء العقلاء في عهودهم ومواثيقهم والتزاماتهم على أن لا يكون ذلك كله مخالفا للقوانين المعتبرة لديهم ولو خولف ذلك يلامون على

المخالفة، بل يعاقبون عليها وقد قرر الشرع المبين هذا البناء بأخبار متواترة، كقول النبي صلى الله عليه وآله: «و كل شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل»[١] وقول علي عليه السلام في الصحيح: «إن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما»[٢] وقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان: «من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه»[٣] إلى غير ذلك مما هو كثير، بل يكفي عدم ثبوت الردع عن بناء العقلاء في هذا الأمر العام البلوى، ولا نحتاج إلى التقرير. والمراد بالكتاب ليس خصوص الكتاب العزيز بل مطلق القوانين الشرعية ولو استفيدت من السنة، وانما ذكر الكتاب في بعض أخبار الباب تجليلا واحتراما، لأن الأصل الأصيل في القانون الشرعي، مع انه قد ذكر لفظ (تحليل الحرام وتحريم الحلال)في بعض الأخبار كما تقدم وهو قرينة على أن المراد بكتاب الله ليس خصوص ما بين الدفتين بل كلما كتبه الله عز وجل على الأنام وشرّعه من الأحكام على لسان نبيه وخلفائه العظام عليهم السلام. ثمّ انه لا بد من الإشارة إلى أمور.

الأول: أخبار الباب مشتملة على عناوين ثلاثة: تحليل الحرام وتحريم الحلال.

الثاني: مخالفة الكتاب.

الثالث: ما يظهر منه اعتبار موافقة الكتاب في اعتبار الشرط، كقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل». وإذا عرضنا هذه العناوين الثلاثة على متعارف الناس وأهل المحاورة يقول بأن المناط كله تحليل الحرام وتحريم الحلال، واعتبار عدم المخالفة والموافقة إنما ذكر على نحو الطريقية لتحليل الحرام وتحريم الحلال لا أن تكون لها موضوعية خاصة، وإن الموافقة عبارة أخرى عن عدم المخالفة كما لا ينفك عدم الموافقة عن المخالفة

(١) سنن النسائي باب: ٢٢ من أبواب الطلاق.
(٢) و (٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب الخيار حديث: ٥ و ١.

عرفا. فيكون كل من الموافقة وعدم المخالفة عبارة أخرى عن الآخر فلا واسطة في البين بحسب المتفاهمات العرفية في مثل هذه التعبيرات، فيكون عدم المخالفة عبارة عن الموافقة، والمخالفة عبارة عن عدم الموافقة، كما يقول السيد لعبده أطعني ولا تخالفني.

الثاني: الشرط والمشروط من الأمور المتضايفة فتسرى صفات كل منهما إلى الآخر في الجملة، فإذا كان المشروط مخالفا يكون الشرط أيضاً كذلك عرفا كاشتراط أن يشرب الخمر ـ مثلا ـ وان كان الشرط مخالفا يكون المشروط كذلك من هذه الجهة وإن لم يكن مخالفا من جهة أخرى، كاشتراط أن يترك المباح رأسا، فلا وجه للتفكيك بينهما من حيثية المخالفة، فلا وجه لتطويل القول في ذلك، إذ المخالفة جهتية واضافية لا مطلقة ومن كل حيثية وجهة.

الثالث: المراد بالمخالفة صرف وجودها بأي نحو تحققت، لأن لمخالفة القانون مطلقا أهمية عظيمة خصوصا القوانين الإلهية، والمرجع في تشخيص المخالفة الأدلة المعتبرة فليسمّ هذه المخالفة بالمخالفة القياسية، أي بالنظر إلى الأدلة مطلقا، فكل شرط استظهر من الأدلة أنه مخالف لقانون الشرعي يكون ساقطا، سواء كانت الأدلة من الأدلة الأولية أو الثانوية، فالأقسام ثلاثة لا رابع لها.

فتارة: يدل الدليل على ان الشرط مخالف للقانون.

واخرى: يدل على عدمه.

وثالثة: يشك في ذلك. وحكم الأولين معلوم، والأخير في حكم الأول أيضاً، لأصالة عدم المخالفة وأصالة الإباحة الوضعية والتكليفية بل يصح التمسك بالعمومات أيضاً، لأن الشرط من الموضوعات العرفية مهما صدق الشرط صح التمسك بالعمومات ولا يكون من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، فيجب الوفاء به مطلقا إلا إذا أحرز أنه خلاف القانون، ويأتي بيان جميع الموارد المشكوكة وما اختلف الفقهاء فيها في محالها مع بيان ما

الخامس: أن يكون العقد مبنيا عليه إما مطابقة أو تضمنا أو التزاما بأي نحو من الالتزامات العرفية المحاورية الملتفت إليها حين إنشاء العقد [١١].

يتعلق بها.

(١١) لصدق الشرط على ذلك كله في المحاورات العرفية فتشمله الأدلة لا محالة، فإن البناءات المعاملية العقلائية ليست منحصرة بخصوص ما يذكر في متن العقد، بل المقاولات التي يقاول قبله، والبناءات التي يبنى عليها العقد كالمذكور في متنه عندهم في الالتزام والاحتجاج، واستنكار عدم الوفاء بها، بل لو لا شبهة الإجماع لقلنا بوجوب الوفاء بالشروط الابتدائية للإطلاقات والعمومات، ولأن عدم الوفاء به مستنكر عرفا خصوصا بالنسبة إلى ذوي المروات.

واستدل على اعتبار ذكره في متن العقد.

تارة: بالإجماع.

واخرى: بأن الشرط من أركان العقد وكالجزء منه فلا بد وأن يذكر فيه.

وثالثة: بأنه الالتزام، والالتزام من الإنشائيات ولا يكفي فيها مجرد البناء.

ورابعة: بما ورد في نكاح المتعة من أن شرط المدة لا بد وأن يذكر في العقد وإلا يصير من عقد الدوام لا الانقطاع مع البناء على المدة قبل العقد.

والكل مخدوش: أما الإجماع فلم يحك الا عن الرياض مع إن المتيقن منه إنما هو التقييد الخاص الأصولي لا ما نحن فيه من مطلق الشرط.

وأما الثاني: ففيه إن الشرط غير الجزء والركن عرفا وشرعا وعلى فرض كونه منهما فبعد كون العقد مبنيا عليه يكون مع العقد معيّة وجودية اعتبارية في مرتبة اعتبار الإنشاء والالتزام مع ان العقد ينصرف إليه بعد وجود قرينة حالية أو مقالية، كما هو المفروض.

وأما الثالث: فلأن إنشاء العقد إنشاء لجميع شؤونه الاعتبارية العرفية

السادس: التنجز، وعدم الجهالة المؤدية إلى الغرر، وأن لا يكون مستلزما لمحال (١٢).

(مسألة ٣): إذا امتنع المشروط عليه عن الوفاء بالشرط كان للمشروط له إجباره عليه (١٣).

ومنها ما وقع العقد مبنيا عليه، فالإنشاء إيجاد لجميع ما يتعلق بالعقد من الالتزامات المعاملية والبناءات التي بنى العقد عليها فالإنشاء إنشاء انحلالي بالنسبة إلى جميع ذلك كله، ولو لا أن الدواعي كانت خارجة بالمرة عن حدود الإنشاءات عند متعارف الناس لقلنا بأن إنشاء العقد إنشاء لها بالتبع أيضاً، ولكنه خلاف المتعارف عند الناس في انشاءاتهم حيث يرون الدواعي أجنبية عن الإنشاءات والمنشئات وان كانت دخيلة في تحريك العزم والإرادة نحوهما.

وأما الأخير: فيمكن حمله على سبق المقاولة فقط دون بناء العقد عليه عند الزوجين وحين إنشاء العقد منها، أو كان البناء عند الزوج فقط دون الزوجة.

وبالجملة: الذي يجزي انما هو بناء العقد على الشرط عند الطرفين عن علم والتفات وتوجه فلو نسيا أو أحدهما أو كان البناء من أحدهما دون الآخر فلا أثر له حينئذ.

(١٢) لا دليل على اعتبار التنجز في أصل العقد فضلا عن الشرط المذكور فيه الا الإجماع وفي شموله للشرط اشكال بل منع. وأما الجهالة فإن رجعت إلى الجهالة في أصل العقد فيدل على فساده ما دل على أن الجهالة في العقد توجب البطلان، والا فإن تمَّ دعوى أن بناء العقلاء في شروطهم ومطلق التزاماتهم على عدم الغرر والجهالة، فيكون هذا هو الدليل على الاعتبار والا فلا دليل له.

وأما الأخير: فهو يرجع إلى الشرط الأول فلا وجه لذكره مستقلا.

(١٣) لأن المنساق من الأدلة والمرتكز في أذهان الناس إن هذا نحو حق حاصل للمشروط له كالحق الحاصل له في عوض ماله. فكما يجوز له المطالبة

وإذا تعذر الإجبار كان للمشروط له الخيار (١٤).

(مسألة ٤): إذا لم يتمكن المشروط عليه من الشرط لقصور فيه أو

والإجبار فيه يجوز في الشرط أيضاً، لأن مثل هذه الشروط من فروع العوضين ومن متمماتهما يلحقها حكمها إلا ما دل الدليل على الخلاف مع إن الإجبار على أداء الحق من صغريات الأمر بالمعروف الشامل للمقام وغيره.

(١٤) يسمى هذا في اصطلاحهم بخيار الشرط أي: عدم الوفاء بالشرط ويصح تسميته بخيار تخلف الشرط أيضاً.

والبحث في هذا الخيار من جهات.

الأولى: في دليل ثبوته والدليل عليه قاعدة أن المشروط ينتفي بانتفاء شرطه ما لم يدل دليل على الخلاف التي هي من القواعد المعتبرة في جميع العلوم، وليس في المقام دليل على الخلاف، والمشروط هنا يتردد بين كونه أصل الصحة فيصير العقد باطلا مع عدم الوفاء بالشرط وبين كونه هو اللزوم فقط فيصير للمشروط له الخيار، والمتعين هو الأخير، لأن بناء العرف والعقلاء في عهودهم والتزاماتهم ملاحظة الشروط والخصوصيات الخارجة عن مقومات العقد وأركانه في مرتبة الالتزام المعاملي لا في مرتبة ذات الصحة من حيث هي بل يمكن أن يكون هذه الحيثية مغفولة عنها وانما يكون اهتمامهم بالتزاماتهم شرطا وقيدا.

نعم، لو أحرز بوجه معتبر أن الشرط قيد للصحة بعنوان وحدة المطلوب يتعين البطلان حينئذ ولكنه لا طريق لهذا الإحراز من عقل أو عرف ويكفي الشك فيه في جريان أصالة الصحة بعد صدق البيع العرفي عليه فيكون الخيار في المقام على طبق القاعدة لتحقق الخلل في نفس الالتزام والخلل الحاصل في الالتزام عبارة أخرى عنه.

وبتعبير آخر: عرف المتعاملين يرون لزوم المعاملة التي لم يف المشروط عليه فيها بالشرط مستنكرا ولم يردعهم الشارع عن ذلك وليس الخيارات من الأمر التعبدي المحض حتى نحتاج إلى التعبد فيه من الشارع بل هو كأصل

لتلف الموضوع يكون للمشروط الخيار فقط وليس له المطالبة بعوض الشرط ان لم يكن المشروط في حد نفسه بما يقابل بالمال عرفا [١٥].

العقود والمعاملات من العرفيات المحضة قررهم الشارع عليها بمثل قاعدة الضرر وبعين هذا المقال نقول بثبوت الخيار في تعذر التسليم وتخلف الوصف وتبعض الصفقة، لكون هذا الخيار مطابقا للقاعدة فيجري في جميع الموارد إلا مع الدليل على الخلاف من إجماع أو غيره.

ان قلت: ان أصالة اللزوم في كل عقد من الدليل على الخلاف فلا وجه لثبوت هذا الخيار.

يقال: مع فرض كون اللزوم في هذه الموارد مستنكرا عند المتشرعة بل نوع المتعاملين كيف تجري أصالة اللزوم؟ !و بما أن هذا الأصل من الأصول العقلائية فلا بد وان يجري فيما لا يرى العرف محذورا في جريانه. فالمقتضي لثبوت الخيار موجود والمانع عنه مفقود.

الثانية: هل يثبت حق للشارط عند تخلف الشرط بنحو يصلح له مطالبة حقه ولو بالإجبار أو لا حق له في البين وانما يكون له الخيار فقط؟ الظاهر هو الأول، لفرض أن الشرط التزام وهو من مراتب الحق كسائر الالتزامات. وهل يكون ثبوت حق الخيار للمشروط في عرض ثبوت حق الإجبار أو مترتب على عدم التمكن منه؟ !الظاهر هو الثاني، لأن عمدة الوجه في ثبوت هذا الخيار بناء العقلاء وسيرتهم والمتيقن منه ومن قاعدة ان المشروط ينتفي بانتفاء شرطه التي استدللنا بها لثبوت الخيار في المقام انما هو صورة عدم التمكن من استيفاء حقه وهذا هو مقتضى أصالة اللزوم إلا في المعلوم من مورد ثبوت الخيار ولا دليل على الخلاف من إطلاق لفظي أو دليل لبي.

الثالثة: بعد ثبوت كون الخيار مطابقا للقاعدة يجري في كل عقد مطلقا إلا ما خرج بالدليل وقد خرج النكاح على ما يأتي التفصيل في محله.

(١٥) أما ثبوت الخيار فلسقوط الالتزام البنائي المعاملي فلا محالة يصير

(مسألة ٥): لو تعذر الشرط ولم يمكن الرجوع إلى العين لتلف أو نحوه لا يمنع ذلك عن ثبوت الخيار [١٦] فلو فسخ يرجع إلى القيمة.

العقد جائزا، إذ لا وجه لزوال أصل الصحة مع ان مقتضى الأصل بقاؤها. وأما عدم حق له في مطالبة العوض فللأصل بعد عدم دليل عليه.

إن قيل: أن الشروط وإن لم تكن مقابلة بالمال في ظاهر العقد لوقوع المال بإزاء ذات المبيع دون ما هو خارج عنه لكنها ليست مجانا محض بل لوحظت في عالم اللب والواقع مقابلا للمال فيكون أخذ العوض حينئذ مطابقا للقاعدة كما مر في خيار العيب.

يقال: فرق بين العيب وتخلف الشرط لأن العيب مما يتعلق بالعوضين أولا وبالذات والشرط خارج عنهما مع وجود الدليل في العيب دون الشرط.

نعم، لو كان المشروط في حد نفسه مما قد جرت عادة المتعاملين على اعتبار المالية له فالظاهر صحة مطالبة العوض حينئذ فالأقسام ثلاثة.

فتارة: لم تجر العادة على مطالبة العوض به.

واخرى: جرت العادة عليها.

وثالثة: يشك في ذلك، والثالث في حكم الأول، وفي الثاني يصح المطالبة وذلك كله لتنزل الأدلة على العرفيات فيكون الشرط الذي يقال بالمال من متممات العوض الذي اشترط الشرط فيه وإن لم يكن من اجزائه عرفا. إن قيل:

أن الشرط من مجرد الالتزام وليس من التمليك حتى يتحقق فيه الضمان.

يقال: إن كان فيما يقابل بالمال يكون تمليك المشروط فيه تمليكا لهبالملازمة العرفية.

(١٦) لأن الخيار حق يتعلق بمالية المال لا بشخصه الخارجي ولو قيل بتعلقه بالعقد أو بشخصية العوضين فإنما هو من أجل الطريقية إلى التحفظ على المالية لا الخصوصية الخاصة.

(مسألة ٦): يجوز للمشروط له إسقاط شرطه [١٧] **بعوض أو بغيره** [١٨].

(مسألة ٧): كل شرط كان بناء نوع المتعاملين على تقسيط الثمن بالنسبة إليه يقسط الثمن عليه [١٩].

(مسألة ٨): ليس للمشروط له بعد ثبوت الخيار تأخير إعمال خياره

---

(١٧) لأنه نحو حق للشارط على المشروط عليه، ولكل ذي حق إسقاط حقه إلا ما دل دليل على الخلاف ولا دليل على الخلاف في المقام.

نعم، لو كان الشرط من شرط النتيجة فلا موضوع للإسقاط، لأنه بمجرد تمامية العقد تحصل الملكية وبعد حصولها لا وجه للإسقاط وان كان تصح الإقالة والفسخ بالخيار.

(١٨) لتسلط الناس على حقوقهم كتسلطهم على أموالهم فلهم أن يفعلوا فيها ما يشاؤون إلا مع ورود النهي عنه ولا نهي عن التعويض في المقام.

(١٩) كما في شرط الكمية الخاصة فإن بناء الناس على أن للكمية خصوصية مقتضية للتقسيط سواء كانت بنحو التقوم أو بنحو الاشتراط والأدلة منزلة على المتعارف فمقتضى الإطلاقات والعمومات حينئذ التقسيط، ونسب ذلك إلى المشهور أيضاً في متساوي الأجزاء، وفي خبر ابن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السّلام: «في رجل باع أرضا على انها عشرة أجربة فاشترى المشتري منه بحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا، فلما مسح الأرض إذا هي خمسة أجربة قال عليه السلام: إن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض وإن شاء رد المبيع وأخذ ماله كله إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أيضاً أرضون فليؤخذ ويكون البيع لازما له، وعليه الوفاء بتمام البيع فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله وإن شاء رد

الأرض وأخذ المال كله»(١)

ثمَّ ان المبيع إما متساوي الأجزاء أو مختلفها وكل منهما إما أن يتبين النقص فيه أو الزيادة فالأقسام أربعة.

أولها: ما إذا تبين النقص فيه في متساوي الاجزاء وقد مر حكمه.

ثانيهما: ما تبين النقص فيه في مختلف الأجزاء ومقتضى البناء المعاملي التقسيط فيه أيضاً فالمقتضي موجود والمانع مفقود فتشمله الأدلة قهرا ولا مانع في البين إلا ما نسب إلى الإيضاح من أنه يستحيل من جهة تقومه فيستحيل تقسيط الثمن عليه ففواته كفوات صفة كمال وهو كم، والكم عوض فيكون كالتدليس.

أقول: مراده قدس سره: أن الفائت من ذاته حيث انه مختلف الاجزاء لا تعين له وما لا تعين له يستحيل تقويمه وما يستحيل تقويمه لا وجه لتقسيط الثمن عليه، ومن حيث أنه كم خارجي يكون عرضا محضا، والعرض المحض لا يقابل بالمال كسائر الأوصاف التي يوجب تخلفها الخيار فقط.

وفيه: أن عدم التعين بحسب الدقة العقلية لا ينافي ثبوت التعين الاعتباري الذي عليه المدار في المعاوضات والمعاملات عند متعارف الناس ويصح عندهم تحديد مالية بحسب أنظارهم.

ثالثهما: تبين الزيادة في متساوي الأجزاء ومقتضى مرتكزات الناس في معاملاتهم ان الزيادة للبائع وان أمكن جعلها للمشتري بجعل المبيع المقدار المبهم من كل جهة ولكنه فرض عقلي لا وجه لتدخله في العرفيات ويثبت الخيار لكل من البائع والمشتري.

أما الأول: فلتخلف الشرط.

وأما الثاني: فلعيب الشركة والأحوط لهما التراضي.

رابعها: تبين الزيادة في مختلف الأجزاء وحكمه حكم الثالث من غير فرق.

---

(١) الوسائل باب: ١٤ من أبواب الخيار.

بما يوجب الضرر على الطرف [٢٠]، ولو اختلفا في الشرط وعدمه، أو اختلفا في العمل به وعدمه فالقول قول المنكر [٢١].

(مسألة ٩): كل شرط فاسد اختل به شيء من شرائط صحة العقد فسد العقد به أيضاً [٢٢]، وكل شرط فاسد لا يسري فساده إلى أصل العقد فالعقد باق على صحته وإن فسد الشرط [٢٣]. ولكن الأحوط

---

(٢٠) لقاعدة نفي الضرر، وان قيل بأن هذا الخيار على التراخي.

(٢١) للأصل في الموردين إلا أن يثبت خلافه بدليل معتبر.

(٢٢) لقاعدة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه وهذا الفساد لا يكون ساريا اليه من الشرط بل يكون بالنسبة إليه من قبيل الواسطة في الثبوت لا العروض فيصف العقد بالفساد أولا وبالذات كوساطة حركة السفينة لحركة جالسها كالجهالة السارية إلى العوضين واشتراط خلاف المقتضى الحقيقي للعقد واشتراط غير المقدور بحيث يصير العوض أيضاً كذلك عرفا.

(٢٣) لعمومات الأدلة، وإطلاقاتها، وأصالة الصحة من غير دليل على الخلاف إلا أمور استدل بها على ان الشرط الفاسد يوجب فساد العقد.

الأول: أن للشرط قسط من الثمن فإذا سقط لفساده يصير العوض مجهولا فيبطل العقد من هذه الجهة.

الثاني: أن التراضي العقدي والبناء المعاملي وقع مقيدا به ومع سقوطه فلا تراضي في البين أصلا فيبطل العقد من هذه الجهة.

الثالث: خبر عبد الملك عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «عن الرجل ابتاع منه طعاما أو ابتاع منه متاعا على أن ليس عليّ منه وضيعة هل يستقيم هذا؟ وكيف يستقيم وجه ذلك؟ قال عليه السلام: لا ينبغي» [١] والمراد بالوضيعة كون الخسارة في المعاملة على البائع لا على المشترى إذا باعه بأقل مما اشتراه، وخبر ابن جعفر

---

(١) الوسائل باب: ٣٥ من أبواب أحكام العقود.

عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم ثمَّ اشتراه بخمسة دراهم أ يحل؟ قال عليه السلام: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس»[١] وخبر ابن المنذر قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب العينة فاشترى له المتاع مرابحة ثمَّ أبيعه إياه ثمَّ أشتريه منه مكاني قال عليه السلام: إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار ان شئت اشتريت، وإن شئت لم تشتر فلا بأس، فقلت: ان أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: إن جاء بعد أشهر صلح قال: انما هذا تقديم وتأخير فلا بأس»[٢] والمراد من العينة هي: ان يبيع من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل مسمى ثمَّ يشتريها منه بأقل من الثمن الذي باعها به، ومحصل مفهوم الخبر انه إذا باعه بشرط أن يبيعه منه أو يشتريه لم يصح البيع الأول وكذا الثاني هذا ما استدل به على أن الشرط الفاسد مفسد.

والكل باطل. أما الأول: فلانه لا مقابلة بين الشرط وبعض أحد العوضين وإلا لكان جزء وهو خلف بل هو التزام خارجي في الالتزام البيعي، مع انه لا جهالة في البين عرفا لمعلومية ما هو مبيع وما هو ثمن حين البيع فأين الجهالة الموجبة للبطلان.

وأما الثاني: فلان هذه الشروط عند عرف المتعاملين من قبيل تعدد المطلوب لا وحدته فلا يضر بطلانها وفسادها بصحة أصل البيع.

نعم، لو كانت من الشرط الدقي العقلي والتقييد الحقيقي لتعين البطلان ومن هنا يمكن جعل هذا النزاع لفظيا كما لا يخفى.

وبعبارة أخرى: الشرط والعقد في المقام من ضم أحد الالتزامين إلى الآخر بنحو التركب الاعتباري كضم الثوب والكتاب ثمَّ يبيعهما بثمن واحد لا بنحو التركيب الحقيقي المزجي كبيع السكنجبين بثمن مثلا بحيث إذا فسد أحد الجزءين فسد البيع.

وأما الثالث: فلفظ «لا ينبغي» في الرواية الأولى ليس ظاهرا في عدم

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب أحكام العقود ٦ و ٤.

الجواز لكونه من الألفاظ اللااقتضائية ولا مانع من حمله على الكراهة والقول بأن هذا النحو من البيع مكروه كما ذهب إليه جمع وعلى فرض الحرمة فلا وجه لفساد البيع، لأن المنساق من الخبر أن الشرط المذكور حرام لا أن البيع فاسد ولا ربط للحرمة المولوية بفساد البيع كما ثبت في محله وأما الروايتان الأخيرتان فلا ربط لهما بالمقام لأن الفساد في موردهما لدليل خاص وهو الإجماع كما عن بعض دعواه أو لأجل أن هذا الشرط مستلزم للدور كما عن العلامة وان أمكن الجواب عنه باختلاف الحيثيات والجهات، أو لأجل عدم تحقق قصد إنشاء البيع فيه حقيقة كما عن الشهيد وان أمكن الجواب عنه بأنه لا كلية فيه كما لا يخفى فلا ربط لفساد البيع فيه بفساد الشرط بل يكون بالعكس فيفسد البيع أولا وبالذات وينتفي موضوع الشرط حينئذ.

مع أن فيها احتمالات.

الأول: ان المراد اشتراط البيع الثاني في البيع الأول.

الثاني: أن يكون المراد الالتزام في خارج البيع الأول.

الثالث: أن يكون المراد بالخيار الاختيار في العقد الأول بحيث لا يكون مجبورا فيه.

الرابع: الاختصاص بخصوص المقام ومع هذه الاحتمالات كيف يستظهر الأخير!هذا مع أنه يمكن أن يستدل على صحة العقد وفساد الشرط بصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، «انه ذكر أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة، فاشترتها عائشة فأعتقتها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله إن شاءت أن تقر عند زوجها وإن شاءت فارقته وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا ولاءها على عائشة فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: الولاء لمن أعتق»[1] وحمله على أن الشرط لم يكن في العقد خلاف الظاهر.

---

(١) الوسائل باب: ٣٧ من أبواب العتق حديث :٢.

التراضي [٢٤]، ومع صحة البيع وفساد الشرط كما قلناه للمشروط له الخيار مع جهله بالحال [٢٥].

(مسألة ١٠): لا فرق في الشرط الفاسد بين ذكره في العقد أو بناء العقد عليه (٢٦).

(مسألة ١١): المقبوض بالشرط الفساد كالمقبوض بالعقد الفاسد في الضمان، وما مر من الأحكام [٢٧].

(مسألة ١٢): لو اختلفا في صحة الشرط وفساده فالقول قول منكر الفساد[٢٨].

(مسألة ١٣): لا تجري الأحكام الخاصة للبيع بالنسبة إلى الشروط فلو باع ثوبا بدرهم وشرط ملكية حيوان للمشتري، أو باع سلفا واشترط فيه شيئا على المشتري أو باع كتابا بدينار واشترط أن يكون درهما من أحدهما للآخر بدرهم لا يجري خيار الحيوان في الأول ولا القبض في المجلس في الأخيرين[٢٩].

---

(٢٤) خروجا عن خلاف من ذهب إلى أن فساد الشرط يوجب فساد البيع مطلقا كما نسب إلى الشيخ والإسكافي وابني براج وسعيد.

(٢٥) لأن تخلف الأغراض المعاملية يوجب الخيار سواء كان التخلف لعذر عقلي أو شرعي إذ العذر الشرعي كالعقلي في ذلك.

(٢٦) فيصح العقد بناء على ما قلنا ويبطل عند من يقول بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد، لما مر ان الشروط البنائية كالشروط الذكرية.

(٢٧) لقاعدة اليد الجارية في المقبوض بالشروط الفاسدة أيضاً، مضافا إلى ظهور الإجماع.

(٢٨) لأصالة الصحة في فعل المسلم ان قلنا بجريانها في مورد التنازع أيضاً كما هو ظاهر الكلمات في جملة من الموارد.

(٢٩) للأصل بعد ظهور أدلة خيار الحيوان فيما إذا كان نفس المبيع حيوانا،

(مسألة ١٤): الأحوط استحبابا الوفاء بالشروط الابتدائية أيضاً (٣٠).

وظهور أدلة اعتبار القبض في المجلس فيهما إذا كان نفس العوضين من النقدين ونفس العوض سلفا وطريق الاحتياط واضح.

(٣٠) لشمول الإطلاقات له أيضاً وإمكان الخدشة في الإجماع الذي ادعى على عدم وجوب الوفاء بالشروط الابتدائية، ويمكن كون الوعد منه أيضاً فيصح أن يكون إنشاء فيتصف حينئذ بالخلف والوفاء، كما يصح أن يكون خبرا فيتصف بالصدق والكذب حينئذ، وقد استعمل في المحاورات الصحيحة في كل منهما. ويمكن أن يقال: أن حقيقة الوعد إنشاء ويتصف بصفات الخبر بالعناية، أو يقال: أن المقول إما خبر محض أو إنشاء محض أو ما هو برزخ بينهما والوعد من الأخير.

فصل في أحكام الخيار

إما عامة تعم جميع الخيارات [١] أو يختص ببعضها دون بعض [٢] والأول أمور.

الأول: ان الخيار يسقط بالإسقاط قولا أو فعلا [٣].

فصل في أحكام الخيار

(١) كالسقوط بالإسقاط، وارث الخيار ان مات من له الخيار ونحوهما مما يأتي التعرض له.

(٢) كتحديد زمان خيار المجلس بالتفرق، وخيار الحيوان بثلاثة أيام ونحو ذلك.

(٣) لأنه لا ريب في ان الخيار مطلقا نحو حق لصاحبه في فسخ العقد وإقراره، ويدل على كونه حقا مرتكزات المتعاملين، وظهور الإجماع، وسقوطه بالإسقاط، وقوله عليه السلام: «فذلك رضا منه»[١] فيما ورد في مسقطية التصرف، ووجه الدلالة فيه أن الحكم لا يناط بالرضا ولا يسقط بالإسقاط بلا فرق بين الخيار المجعول من المتعاملين والخيار المجعول شرعا، وما يكون مدركه

---

(١) تقدم في صفحة :١٠٦.

الثاني: لو مات من له الخيار انتقل خياره إلى وارثه (٤) بلا فرق بين

قاعدة نفي الضرر.

ودعوى: ان قاعدة نفي الضرر إنما تنفي اللزوم فقط وهو عبارة أخرى عن الجواز الحكمي.

باطل: لأن نفي اللزوم في المقام عبارة عن سلطة إبقاء العقد وإزالته، كما أن اللزوم عبارة عن سلطة المدافعة عمن يريد نقض العهد وحله فكل منهما نحو حق للمتعاقدين.

نعم، لا ننكر الجواز الحكمي أيضاً ولا مانع من اجتماعهما في مورد من جهتين كما هو واضح، فإذا ثبت انه حق فكل حق قابل للإسقاط إلا ما ثبت خلافه وقد تقدم ما يدل على الإسقاط القولي والفعلي فراجع.

(٤) لتحقق أمور ثلاثة فيه، وكل ما تحققت فيه تلك الأمور يكون موروثا.

الأول: انه حق كما مر آنفا وليس بحكم تعبدي محض حتى لا يورث بإجماع الفقهاء بل العقلاء.

الثاني: انه قابل للانتقال، بإجماع العلماء ووجدان المتعاملين حيث يرون بوجدانهم صحة انتقال هذا الحق إلى ورّاثهم ما لم يكن تعبد شرعي على الخلاف وهو مفقود.

الثالث: انه غير معنون بعنوان يختص ذلك العنوان بخصوص صاحب الحق كعنوان التولية والنظارة وسائر العناوين المختصة بذي الحق التي تمنع عن الانتقال بل لا وجه لاحتماله حينئذ، ومع تحقق هذه الأمور تشمله أدلة الإرث الواردة في الكتاب والسنة والإجماع كقوله صلّى الله عليه وآله: «من ترك حقا أو مالا فهو لورثته»[١] وغير ذلك من الأخبار.

---

(١) المغني لابن قدامة ج: ٦ صفحة: ١٥٤ ط: بيروت.

أنواع الخيار (٥)، وما هو المانع عن إرث الأموال ـ كالرقية. والقتل، والكفر ـ مانع عن هذا الإرث أيضاً، كما أن ما يحجب عنه ـ حجب حرمان وهو وجود الأقرب إلى الميت ـ يحجب هنا أيضاً (٦).

(مسألة ١): لو مات عن دين مستغرق للتركة يورث الخيار وإن لم يورث المال (٧).

إن قيل: أن الحقية والملكيّة قائمة بشخص ذي الحق والمالك فتكون من العناوين المختصة المتقومة بحياة ذي الحق ولا وجه للإرث حينئذ لتوقف الإرث على صدق ما تركه الميت وهما ليسا مما ترك بل زالا وانتفيا بموت المالك وذي الحق وبزوال حياته فالمقام خارج عن مورد أدلة الإرث تخصصا.

يقال: الملكية والحقية من الصفات ذات الإضافة بلا شبهة، ولا يعقل تحققهما إلا بالمالك والملك والحق وذي الحق انما الكلام في أن هذه الإضافة إضافة مقومية أو موردية والأخيرة معلومة والأولى مشكوكة والأصل والإطلاق ينفياه فمقتضى العمومات والإطلاقات كون نفس الحق القابل لانتقال مورد الإرث بذاته ونفسه مطلقا كحق القصاص فإنه موروث إجماعا ولكن لا يرثه الزوج والزوجة كما يأتي في محله إنشاء الله تعالى وكذا حق الشفعة فإنه موروث حتى للزوج والزوجة على ما يأتي، فكل حق قابل للانتقال موروث لوجود المقتضى وفقد المانع[١]

(٥) لعموم الأدلة وإطلاقها الشامل لجميع أقسامها.

(٦) لعموم أدلة ما يمنع عن الإرث وما يحجب عنه الشامل للمقام أيضاً فيكون الموجب لحرمانه من المال موجبا لحرمانه من هذا الحق أيضاً.

(٧) لتقدم الدين على الإرث كتابا وسنة وإجماعا فارث المال مفوت للدين بخلاف ارث الخيار فتشمله أدلة الإرث من الكتاب والسنة.

---

(١) وراجع المسالك ج: ٢، كتاب الشفقة ـ ط: الحجرية.

(مسألة ٢): لو كان مورد الخيار ما يحرم عنه بعض الورثة، كالعقار بالنسبة إلى الزوجة والحبوة بالنسبة إلى غير الولد الأكبر ترث الزوجة وغير الولد الأكبر حق الخيار (٨).

نعم، لو كان إعمال الخيار موجبا لتفويت حق الديان يرجع الديان إلى الحاكم الشرعي للتحفظ على حقهم، كما انه لو ضمنوا الورثة الدين أو أدوا من مالهم أو تبرع به متبرع لا مانع من ارث المال، لوجود المقتضى وفقد المانع حينئذ، وكذا الكلام في إرث حق الرهانة إذا مات المرتهن وكان عليه دين.

(٨) لعموم أدلة الإرث وإطلاقها من غير ما يصلح للتخصيص والتقييد بعد عدم كون ارث حق الخيار تابعا لإرث المال إذ لا دليل على التبعة والملازمة من عقل أو نقل أو عرف بل مقتضى الأصل والإطلاق عدمها لأن الخيار عبارة عن حل العقد ومن لوازمه رد كل عوض إلى مالكه سواء كان المالك من له الخيار كما هو الغالب أو غيره كما في المقام فهما حيثيتان مختلفتان ذاتا قد تجتمعان موردا وقد تفترقان والاختلاف والتفريق بين الحيثيتين صحيح عقلا وعرفا وشرعا.

والظاهر أن النزاع بين الفقهاء في المقام صغروي فمن اختار عدم الإرث زعم ان الخيار فرع صحة التسلط والتصرف في مورد الخيار ومع عدم صحته فلا موضوع لإرث الخيار أصلا ومن اختار صحة ارث الخيار ولو مع عدم صحة التصرف في مورده لاحظ جهة إمكان التفكيك بينهما عقلا وعرفا والأصل والإطلاق وصحة جعل الخيار للأجنبي يدل على صحة هذا القول لأن معنى الخيار حق حل العقد ولازمه رد العوضين إلى مالكهما الفعلي سواء كان من له الخيار أو غيره ورد العين إلى ذي الخيار ليس داخلا في حقيقة الخيار ولا من لوازمه العقلية أو العرفية أو الشرعية، وفي ال(مسألة أقوال.

أحدها: ما ذكرناه.

(مسألة ٣): إذا كان الوارث واحدا يرث حق الخيار فله الفسخ والإمضاء بلا مزاحم ومعارض في البين (٩)، وأما إذا كان متعددا فيثبت حق الخيار لمجموع الورثة من حيث المجموع في تمام المال كذلك فلا أثر لفسخ بعضهم بدون ضم الباقين لا في تمام المال ولا في حصته (١٠).

الثاني: عدم الإرث.

الثالث: التفصيل بين ما إذا كان ما يحرم عنه الوارث منتقلا إلى الميت فيرثه وما إذا كان منتقلا عنه وكان له الخيار فلا يرثه، وقد ظهر مما ذكرناه بطلان القولين ومن أراد التفصيل فليرجع إلى المطولات خصوصا حواشي بعض مشايخنا كالمحقق الغروي رحمه الله على المكاسب.

(٩) لوجود المقتضى لتسلطه على ذلك وفقد المانع عنه من كل جهة.

(١٠) الوجوه المتصورة ثبوتا في الحق الموروث عند تعدد الوارث أربعة:

الأول: أن يكون لكل واحد منهم حقا مستقلا من كل جهة في عرض الآخر فيصح لكل واحد إعمال حقه من دون مراجعة الباقين، لفرض استقلال الحق فمن بادر إلى الفسخ ينفسخ العقد ولا يبقى حق للأخيرين، لانتفاء موضوع حق الباقين ومن بادر وامضى العقد يكون للآخر الفسخ، لفرض بقاء موضوع حقه واستقلاله.

الثاني: أن يكون لكل واحد حق مستقل في سهمه لأن الحق وإن كان بسيطا في نفسه ولكنه قابل للانحلال والتحصص بحسب متعلقه.

الثالث: أن يكون هذا الحق لمجموع الورثة من حيث المجموع ويكون المجموع كوارث واحد فلا يصح الفسخ إلا مع اتحاد الجميع فيه ولا إمضاء إلا كذلك ومع الاختلاف يبقى الخيار على حاله ما لم يسقط بأحد المسقطات.

الرابع: أن يكون الخيار لطبيعي الوارث الصادق على الفرد وعلى الكل فمن بادر وفسخ لا يبقى الحق بالنسبة إلى البقية ومن بادر وامضى فكذلك

لفرض صدق الطبيعي عليه، وإذا اتفق الكل فسخا أو إمضاء فهكذا أيضاً، لصدق الطبيعي عليه أيضاً، وكل هذه الوجوه لا بأس بها ثبوتا ما لم يكن في مقام الإثبات قرينة معتبرة عرفية على تعيين أحديها وحيث أن مثل هذه الأمور لها معرضية عرفية للمنازعة والتشاجر والضرر والإضرار فلا بد من مراعاة هذه الجهة ومراعاتها انما تكون بجعل الجميع كالواحد وهي تصلح للتعيين إثباتا بعد عدم محذور في مقام الثبوت، مع ان تجزئة الخيار بحسب متعلقه مخالف للأصل من غير دليل ظاهر عليه، كما أن تعدد الحق الواحد حسب تعدد الوارثة كذلك أيضاً، كما أن كون المراد الطبيعة المنطبقة على القليل والكثير لا دليل عليه في مقام الإثبات.

ثمَّ إن انتقال الحق سواء كان حق الخيار أو غيره.

تارة: يكون من واحد إلى واحد كما إذا كان كل واحد من المورث والوارث واحدا.

واخرى: من متعدد إلى واحد كما إذا اشترك الوالدان في بيع شيء بخيار وماتا دفعة عن وارث واحد.

وثالثة: يكون من واحد إلى متعدد كما إذا باع الوالد شيئا بخيار ومات عن ورثة متعددين.

ورابعة: يكون من متعدد إلى متعدد كما إذا اشترك الوالدان في بيع شيء بخيار ومات دفعة عن ورثة متعددين.

ثمَّ انه قد تقدم أن كل واحد من الوجوه الأربعة في إرث الحق صحيح ثبوتا، لكن المتعارف من عادة الشرع بل العقلاء في هذه الحقوق التي تكون معرضا للتخاصم والتشاجر والنزاع انما هو مراعاة رأي الكل ونظرهم فسخا أو إمضاء لئلا يقعوا في الضرر والتشاجر.

هذه خلاصة ما ينبغي أن يقال في المقام وما قلناه جار في جميع الحقوق الموروثة مع تعدد الوارث إلا ما دل دليل بالخصوص على الخلاف ويأتي حكم

(مسألة ٤): إذا اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورّثهم فإن كان عين الثمن موجودا دفعوه إلى المشتري (١١) و إن لم يكن موجودا اخرج من مال الميت (١٢) فإن لم يكن له مال فتشتغل ذمته به فيجب تفريغها بالمبيع المردود إليه فإن بقي منه شيء بعد ذلك يكون للورثة (١٣) و إن لم يف بتفريغ ما عليه يبقى الباقي في ذمته (١٤).

ارث حق القذف وحق القصاص وحق الشفعة كل في محله إن شاء الله تعالى.

(١١) لكون الثمن حينئذ ملكا للمشتري بلا فرق بين أن يقال بأن المثمن يرجع إلى الميت ثمَّ ينتقل إلى الورثة أو أنه يرجع إلى الورثة أولا وبالذات.

(١٢) لأن للورثة حق حل العقد فقط وأما من جهة النيابة عن الميت أو من جهة أنفسهم فالدليل ساكت عنه فلا بد فيه من الرجوع إلى القواعد الخارجية ومقتضاها رجوع كل من العوضين إلى من كان له حين العقد ومن خرج من ملكه وهو الميت فيدخل المبيع في ملكه فلا بد من إخراج العوض من ماله أيضاً.

وتوهم: أن الميت كالجماد ولا يتصور بالنسبة إليه ملكية.

فاسد: لأنها أمر اعتباري يصح اعتبارها بالنسبة إلى الميت أيضاً، إذ الاعتباريات خفيفة المؤنة جدا مع أن ما للوارث حقا كان أو ملكا انما هو متفرع على ما كان للميت فمع إمكان الدخول في ملك الميت وصحة اعتبار ذلك لا وجه لاعتبار ما هو متفرع عليه فلا بد من إخراج العوض من مال الميت، لأنه هو الذي دخل المعوض في ملكه.

(١٣) لأن هذا من لوازم دخول المعوض في ملك الميت وكون العوض عليه فيجري عليه حكم سائر ديون الميت في وجوب تفريغ ذمته عن تركته فإن بقي بعد ذلك شيء يكون للورثة.

(١٤) لأن ذلك حكم الديون المتعلقة بذمة الميت. وعن بعض انه على

(مسألة ٥): لو كان الخيار للأجنبي فمات يسقط أصل الخيار (١٥).

(مسألة ٦): إذا مات من عليه الخيار لم يسقط خيار صاحبه (١٦) فيفسخ هو أو وارثه ويسترد العين أو بدلها من التركة ومع تلفها وعدم التركة تبقى ذمة الميت مشغولة (١٧).

الثالث من أحكام الخيار: انه يسقط بالتصرف الكاشف عن الرضا، كما يسقط بالقول كذلك (١٨)، والتصرف كذلك ان وقع فيما انتقل عنه كان

الورثة كل بنسبة حصته لأن الخيار لهم وهو حصتهم فيكون مورد الخيار لهم أيضاً.

وفيه: انه لا ريب في صحة التفكيك بين نفس حق الخيار من حيث هو وبين مورده فنفس الحق من حيث هو موروث ثمَّ يعمل في مورده بحسب القواعد العامة فينتقل المورد إلى ملك الميت فيصرف في دينه ومع عدم وفائه فمقتضى الأصل براءة ذمة الورثة عن الأداء كما إذا لم يكن خيار في البين فكونه عليهم بنسبة حصصهم خلاف الأصل من غير دليل يدل عليه.

(١٥) لأنه لا وجه لانتقاله إلى ورثة الأجنبي، لاحتمال دخالة نظره بالخصوص في إعمال الخيار بل هو الظاهر فلا يصح التمسك بأدلة الإرث، لأنه تمسك بالدليل في الموضوع المشكوك، وكذا لا وجه لانتقاله إلى ورثة المالك أيضاً للشك في أن هذا الحق مما تركه لاحتمال أن يكون الجعل للأجنبي إسقاط الحق بالنسبة إلى نفسه. ومنه يظهر الإشكال في الانتقال إلى نفس المالك لو كان حيا فلا بد من السقوط حينئذ.

(١٦) للأصل والإطلاق.

(١٧) للأدلة الدالة على ذلك كله كإطلاق دليل الخيار، وما دل على ردالعين مع وجوده وبدله مع تلفه وقد تقدم ذلك كله فراجع.

(١٨) لأن الظهور الفعلي حجة معتبرة عند العقلاء كظهور الأقوال، والمناط

فسخا وان وقع فيما انتقل إليه كان إجازة [١٩]، وفي مورد الشك في ذلك يبقى الخيار [٢٠].

كله هو تحقق الرضا بالعقد سواء كان الكاشف عنه فعلا أو قولا أو كتابة.

(١٩) لأن الأول يكشف عن عدم الرضا بالعقد والثاني يكشف عن الرضا به فلا بد من ترتب الأثر عليه حينئذ، والمناط كله على ظهور الفعل في الكراهة فيدل على الفسخ أو الرضا فيدل على الإمضاء.

(٢٠) للأصل، هذا إذا كان الفعل أو القول مجملا وأما مع الظهور العرفي في الرضا أو الكراهة فالمتبع هو الظهور لكونه حجة عقلائية.

(مسألة ١): لا أثر لمجرد الرضا القلبي، والكراهة القلبية في الإمضاء والفسخ ما لم يكن مبرز خارجي في البين من فعل أو قول [٢١].

(مسألة ٢): لو ادعى ذو الخيار انه فسخ فإن كان ذلك بعد انقضاء زمان الخيار لا يسمع منه بلا حجة شرعية وإن كان قبله يسمع [٢٢].

(مسألة ٣): إنكار البيع ليس بفسخ [٢٣].

---

(٢١) لأن العقود والإيقاعات بل مطلق التفاهمات العرفية مطلقا عند العقلاء تدور مدار الابرازات الخارجية فما لم يكن مبرز خارجي في البين لا يرتّبون عليه الأثر خصوصا عند الاحتجاج والتخاصم واللجاج فيدور نظام المعاش فيما بينهم على ذلك.

نعم، جواز التصرف في مال الغير شرعا مع إحراز رضائه ولو لم يصدر منه قول أو فعل شيء آخر لا ربط له بالعقود والإيقاعات الدائرة بينهم المجعولة لسد باب الخصومة والنزاع ومقتضى الأصل عدم ترتب الأثر بعد الشك في شمول أدلة تلك العناوين لمجرد قصدها وإرادتها من دون مبرز خارجي من فعل أو قول أو نحوهما. فالفعل المنبعث عن الكراهة القلبية فسخ والفعل المنبعث عن الرضا القلبي إمضاء ويكفي في ذلك الارتكاز الإجمالي ولا يحتاج إلى الالتفات التفصيلي، للأصل بعد تحقق أصل الانبعاث في الجملة ويأتي في الرجوع في الطلاق الرجعي بعض ما يرتبط بالمقام.

(٢٢) لأن من ملك شيئا ملك الإقرار به.

(٢٣) لعدم دليل عليه، وما قالوه في ان إنكار الطلاق رجعة انما هو لدليل

(مسألة ۴): لو صدر منه فسخ وإمضاء للبيع وشك في المتقدم والمتأخر فالبيع باق ولكن لا وجه لاحتمال الخيار [٢٤].

(مسألة ۵): إذا وكل غيره في إعمال الخيار فأمضى الوكيل وفسخ الموكل أو بالعكس يقدم ما صدر عن الموكل [٢٥] هذا مع التقارب، وأما مع السبق واللحوق فيقدم السابق مطلقا [٢٦].

(مسألة ۶): لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار وقال أعتقهما لا وجه لتقديم الفسخ على الإجازة هنا [٢٧].

الرابع من أحكام الخيار: انه يجوز للطرف الآخر التصرف في مورد الخيار [٢٨].

خاص له لما سيأتي والتعدي عنه قياس.

(٢٤) أما الأول لأصالة بقاء البيع، واحتمال الخيار منفي للعلم بعدمه إما بالفسخ أو بالإمضاء.

(٢٥) لكون الوكيل متفرعا عليه، ولانعزال الوكيل بعمل الموكل.

(٢٦) إن قلنا بالانعزال من حين فعل الموكل ويقدم قول الموكل مطلقا ان قلنا بالانعزال من حين عقد الوكالة وال(مسألة سيالة في موارد كثيرة.

(٢٧) لعدم دليل عليه، وكذا لا وجه لعتق خصوص العبد فقط.

نعم، يمكن أن يقال: ببقاء أثر العقد مع الشك في الفسخ في مثل هذا التعبير والتفصيل يطلب من المطولات.

(٢٨) لحصول الملكية بمجرد البيع فالمقتضي للجواز وهو سلطنة الناس على أموالهم موجود والمانع عنه مفقود لأن ما يتوهم من المانع انما هو تعلق حق ذي الخيار به ولكنه مدفوع لأن المانعية إنما تثبت إذا تعلق الحق بشخصية

وكما يجوز ذلك تكليفا ينفذ وضعا أيضاً [٢٩]، ولكن لو أمكنه رد نفس العين بفسخ وإقالة أو شراء ثانيا من المشتري وجب عليه ذلك [٣٠] بل يجبر عليه [٣١]، وكذا الكلام في التصرف في المنافع إتلافا أو نقلا [٣٢]

العين من حيث البقاء والإبقاء فلا وجه لتصرف الطرف حينئذ أبدا كما في حق الرهانة، وأما إذا كان الحق متعلقا بالمالية لا بالشخصية من حيث الإبقاء فلا مانع في البين أصلا والتعلق بالنحو الثاني معلوم وبالنحو الأول مشكوك وهو عين الدعوى فلا وجه للاعتماد عليه إلا إذا ثبت ذلك بدليل خاص وهو مفقود ولا فرق فيه بين جميع أنحاء الخيارات إلا خيار أستفيد من دليله الالتزام بإبقاء شخص العين من حيث هي، فلا يجوز التصرف حينئذ لمكان هذا الالتزام.

(٢٩) لعين ما تقدم في سابقة من غير فرق بينهما.

(٣٠) لوجوب رد نفس العين مع إمكانه عرفا ولا تصل النوبة إلى بذل العوض حينئذ.

(٣١) لأن هذا من احدى موارد الحسبة التي تكون للحاكم الشرعي التسلط عليه.

(٣٢) لما تقدم في التصرف في العين بلا فرق في ذلك بينهما من وجود المقتضى ـ وهو الملكية ملكية مستعدة للدوام فيملك المنفعة مطلقا فله أن يتصرف فيها بما شاء ـ وفقد المانع لأن النماء تابع لأصل الملكية للعين والمفروض حصولها فيملك المفسوخ عليه المنفعة ملكية حينئذ مطلقة ومقتضى قاعدة نفوذ تصرفه فيه بأي نحو شاء وأراد صحة استيفاء منفعة ملكه كيف ما شاء وقد تقدم جملة من الفروع المناسبة للمقام في أحكام المقبوض بالعقد الفاسد وفي خيار الغبن وغيرها.

ثمَّ انه لا فرق فيما تقدم بين ما إذا لم يكن للمفسوخ عليه خيار من جهة أخرى أو كان له ذلك.

ولو وقع تصرف من قبل من عليه الخيار يوجب ذلك سقوط أصل الخيار[٣٣]. ولو علم من القرائن المعتبرة ان المقصود من الخيار رد شخص العين من حيث هو لا يجوز تصرف من عليه الخيار تكليفا[٣٤] ولو خالف وتصرف فبالنسبة إلى نفوذه يكون من صغريات الفضولي فيتوقف على إمضاء من له الخيار.

الخامس من أحكام الخيار: ان أثره تزلزل العقد فقط لا أن تكون الملكية تحدث بعد انقضائه بل هي تحدث بمجرد العقد فيصير الخيار حق لصاحبه في ملك الآخر [٣٥].

---

(٣٣) لكشفه عن الرضا بالعقد إلا إذا كانت في البين قرينة على الخلاف.

(٣٤) لأن مرجعه إلى التزام إبقاء العين حتى يرى ذو الخيار رأيه.

(٣٥) للوجدان، والعرف، والاعتبار، وظاهر الأخبار، والعموم والإطلاق.

أما الأول: فنرى بالوجدان أنا إذا اشترينا شيئا مع وجود خيار في البين أن المبيع دخل في ملكنا والثمن خرج عن ملكنا ودخل في ملك البائع ملكية متزلزلة.

وأما الثاني: فلا ريب في أن العرف والعقلاء يتوسلون بأسباب المعاملات إلى التمليك والتملك ويجعلونها أسبابا لذلك فعلا من دون توقف على سبب آخر ويرون إعمال الخيار فسخ الملكية الحاصلة وانقضائه أو إمضاء العقد استحكاما للملكية لا موجبا لأصل حدوثها.

ولنا أن نستدل على حصول الملكية بالعقد من مادة الخيار والاختيار لأنه لو لا حصول الملكية لا يتصور معنى صحيح للخيار كما لا يخفى.

وأما الثالث: فالملكية أمر اعتباري والبيع مثلا سبب لها والبناء العقلائي يشهد بعدم تخلف المسبب عن السبب في هذه الاعتباريات إلا لعدم المقتضي أو لوجود المانع وهما مفروض الانتفاء.

و أما الرابع: فصحيح ابن يسار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه قال: نعم لا بأس به فقلت له: اشترى متاعي فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك»[١] فإن ذيله ظاهر في انتقال الحيوان قبل انقضاء الخيار، مع أنا لا نحتاج إلى الأخبار في الأمور العرفية النظامية لأن ثبوت الردع فيها مانع لا أن نحتاج إلى التعبد.

وأما الأخير: ففي الإطلاقات والعمومات ـ كتابا وسنة ـ الظاهر في حصول المسبب عند حصول السبب غنى وكفاية، وقد يستدل بالنبوي المعروف: «الخراج بالضمان»[٢] أيضاً.

بدعوى: أن المراد بالضمان الخسارة لا الغرامة و«الباء» لمجرد الإلصاق والمقارنة والسببية والخسارة ملازم للملكية وخسارة المبيع مع التلف على المشتري والثمن على البائع فالخراج الذي هو نماء الملك يكون لمالكه قهرا ولكن على فرض تمامية هذا الدعوى لا بد من تخصيصه بغير الخيار المختص بالمشتري إذ الضمان فيه على البائع للأخبار الآتية في ال(مسألة اللاحقة. ونسب إلى الشيخ رحمه الله توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار واختلف من بعده الفقهاء في أنه عام لجميع الخيارات أو يختص ببعضها وان انقضاء زمان الخيار كاشف عن حصول الملكية حين العقد أو ناقل. والظاهر أن ذلك كله خلاف المحكمات العرفية في المعاوضات النظامية والأدلة الشرعية منزلة على العرفيات ما لم يكن تعبد خاص في البين والعرف يرى أن الملكية تحصل بالعقد ويجعل العقد من الأسباب الناقلة لها.

واستدل للشيخ رحمه الله بظاهر صحيح ابن سنان الوارد في خيار الحيوان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ فقال

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب أحكام العقود حديث :٣.
(٢) سنن ابن ماجه باب: ٤٣ من أبواب التجارات.

على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري شرط البائع أو لم يشترطه»[١] وفي ذيله قال عليه السلام: «و إن كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع»[٢] وقريب منه خبر عبد الرحمن[٣] ومرسل ابن رباط[٤] والأخبار التي ستأتي في ال(مسألة اللاحقة.

بدعوى: أن قوله عليه السلام: «فهو من مال البائع» يعني أن خسارته عليه ونماءه له وهما ملازمان للملكية فلا يصير المبيع في زمان الخيار ملكا للمشتري.

وفيه. **أولا**: أن هذه الأخبار مختصة بخصوص الحيوان المبيع والتعدي منه إلى غيره وإلى الثمن يحتاج إلى دليل وهو مفقود في هذا الحكم المخالف للعمومات والإطلاقات.

وثانيا: ان إعراض المشهور عن إطلاقها أوهنها.

وثالثا: ان هذا حكم من الأحكام كما يأتي في ال(مسألة اللاحقة ولا ربط له بما نحن فيه إلا إذا ثبت ان منافع المبيع للبائع، وهناك ملازمة بين أن كل من كان الضمان عليه كانت المنافع له وهذا أمارة الملكية، وكذا ثبت أن قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له تدل على مورد أن الخيار ملك لمن لا خيار له.

وكل منهما مخدوش.

أما الأولى: فالملازمة لو كانت فهي غالبية لا أن تكون حقيقية واقعية فإن في مورد الغصب والإتلاف ضمان مع أنه ليست المنافع للضامن، وقاعدة أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له تدل على الملكية المستقرة كما تأتي الإشارة إليه في الفرع اللاحق وهذه الأمور لا تقاوم الإطلاقات والعمومات الظاهرة في حصول الملكية بمجرد تحقق السبب فالمشهور هو المنصور. ويمكن أن يكون مراد الشيخ رحمه الله الملكية المستقرة فيرتفع النزاع حينئذ عن البين

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الخيار حديث :٢ و ٣.
(٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب الخيار حديث :٢.
(٣) و (٤) الوسائل باب: ٥ من أبواب الخيار حديث: ١ و ٥.

السادس من أحكام الخيار: ما جعل من القواعد وهي: أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له (٣٦).

ويصير النزاع لفظيا كما هو الغالب في جملة من النزاعات العلمية.

(٣٦) البحث في هذه القاعدة من جهات.

الأولى: الأقوال فيها ثلاثة.

أحدها: الاختصاص بخيار الحيوان والشرط لذكرهما في صحيح ابن سنان ـ كما تقدم ـ وقد اختاره صاحب الجواهر رحمه الله.

الثاني: جريانها فيهما وفي خيار المجلس أيضاً كما يظهر عن شيخنا الأنصاري.

الثالث: التعميم لكل خيار نسب ذلك إلى المشهور.

الثانية: الأخبار الواردة في المقام وهي أربعة منها صحيح ابن سنان المتقدم، وخبر عبد الرحمن قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوما أو يومين فماتت عنده وقد قطع الثمن على من يكون الضمان؟ فقال عليه السلام: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه»[1]، ومنها مرسل ابن رباط عن الصادق عليه السلام قال: «إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع»[2] ومنها النبوي: «في رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط قال يستحلف بالله ما رضيه ثمَّ هو برئ من الضمان»[3]، وقد تقدم صحيح ابن سنان المشتمل على الشرط أيضاً، وقد يطلق الشرط على خيار المجلس أيضاً فيمكن أن يستفاد منه مدرك القولين الأولين.

وأما التعميم بالنسبة إلى جميع الخيارات فهو مطابق للقاعدة بناء على عدم حصول الملكية إلا بعد انقضاء الخيار لبقاء العوضين على ملك مالكها

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الخيار حديث: ١.

(٢) و (٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب الخيار حديث: ٥.

الأول حينئذ فيكون التلف عليهما.

وأما بناء على المشهور من حصول الملكية بالعقد فالصور المتصورة أربعة.

الأولى: كون الخيار للبائع وتلف المبيع في يد المشتري، وتلفه على المشتري مطابق للقاعدة الأولية لكونه ماله وملكه فتكون خسارته عليه.

الثانية: كون الخيار للمشتري وتلف الثمن في يد البائع وكون خسارته على البائع مطابق للقاعدة الأولية أيضاً لكونه ملكه، فتكون تلفه وخسارته عليه.

الثالثة: كون الخيار للمشتري وتلف المبيع في يده ولا ريب في كون تلفه من البائع مخالف للقاعدة الأولية.

الرابعة: كون الخيار للبائع وتلف الثمن في يده ولا ريب في أن كون تلفه من المشتري مخالف للقاعدة الأولية فإن تمت قاعدة: أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له بالنسبة إلى هاتين الصورتين الأخيرتين تثبت هذه القاعدة على الإطلاق وبنحو الكلية وإلا فلا.

الثالثة: استدل على شمول القاعدة لجميع الخيارات.

تارة: بأن لفظ الشرط الوارد في مثل صحيح ابن سنان المتقدم شامل لجميع الخيارات فيشملها الحكم قهرا بقرينة صحيح فضيل عن الصادقعليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قالعليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»[1] فيستفاد من مثله ان إطلاق الشرط على الخيار كان شائعا عند الرواة ولم يكن مخصوصا بخصوص خيار الشرط.

واخرى: بقولهعليه السلام: «حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري»[2] فإنه في قوة أن يقال: «حتى يصير البيع لازما» وهذا المناط جار في جميع البيوع الخيارية فالمناط واحد في الجميع فكما في سائر الموارد التي

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الخيار حديث :٣.

(٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب الخيار حديث :٢.

يستظهر المناط ويعمل به فليكن المقام كذلك. ولكن الإنصاف ان الجزم بالمناط مشكل.

وثالثة: بما في مفتاح الكرامة: «ان قولهم التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له قاعدة لا خلاف فيها ولعل الحكمة في جعل هذه القاعدة ترغيب الطرفين إلى الاهتمام بعدم تلف المال حتى يتبين الحال أما ذو الخيار فلأن المال ماله وأما غيره فلأن التلف لو حصل يكون عليه».

الرابعة: لا تجري هذه القاعدة في الخيار المشترك لعدم الموضوع لها فيخرج عنها تخصصا، مضافا إلى ظهور الإجماع على العدم، وكذا لا يجري فيما إذا كان الخيار للأجنبي، لأنه خلاف المنساق من الأدلة، وكذا لا مجرى لها في غير البيع لأن الحكم خلاف القاعدة لا بد وان يقتصر فيه على المتيقن من الدليل.

الخامسة: المتيقن من الأدلة والمنصرف العرفي من الأخبار انما هو الخيار المتصل بالعقد في هذا الحكم المخالف للقاعدة فلا تجري قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له في الخيار المنفصل عن العقد بالشرط أو في خيار العيب والغبن ان قلنا بثبوتهما بعد ظهور الغبن والعيب لا من حين وجودهما الواقعي.

السادسة: ظاهر الأخبار التي هي مدرك القاعدة[١] اختصاصها بتلف المبيع وهو المتيقن من الإجماع على فرض ثبوته، فالتعدي إلى الثمن بأن يكون في تلفه في مدة خيار البائع المختص به من مال المشتري مشكل إلا بعد تمامية أمرين.

أحدهما: تحقق المناط والملاك الذي تقدم وهو صيرورة البيع لازما وخروجه عن معرضية التزلزل.

ثانيهما: استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل إقباضه للثمن إلى البائع فيفسخ البيع بالتلف ويتلف الثمن من مال المشتري لا محالة.

---

(١) راجع صفحة: ٢٥٢.

و فيه: ان ضمان الإقباض مع ضمان التلف ممن لا خيار له مختلفان عرفا فلا يثبت الأخير باستصحاب الأول فإن ضمان الأول ضمان المعاوضي وتدارك عوض المبيع وضمان الأخير إنما هو الخسارة والنقص المالي الذي يرد على صاحب المال واين أحدهما من الآخر حتى يثبت بالاستصحاب إلا أن يتمسك بالمسامحة العرفية.

السابعة: ظاهر الأخبار والمتيقن من الإجماع على فرض الثبوت اختصاص القاعدة بالمبيع الشخصي والتعميم إلى الكلي المنطبق على الفرد يحتاج إلى ثبوت أمرين.

أحدهما: تحقق المناط والملاك وتقدم عدم تماميته.

ثانيهما: أن بيع الكلي المنطبق على الفرد كبيع الشخصي عرفا فيشمله كلما ثبت له من الأحكام.

وفيه: انه من مجرد الدعوى بلا دليل عليه من عقل أو نقل.

الثامنة: تختص القاعدة بخصوص التلف سواء كان سماويا أو بحكم الشارع بإتلافه فلا تشمل الإتلاف لأن له حكم آخر فإنه إن كان من ذي الخيار فيوجب سقوط خياره وإن كان ممن عليه الخيار فلذي الخيار إمضاء البيع والرجوع إلى المثل أو القيمة وله الفسخ والرجوع إلى الثمن وان كان من الأجنبي فكذلك أيضاً إلا أن الفاسخ يرجع إلى المفسوخ عليه وهو يرجع إلى المتلف ويصح رجوع الفاسخ إلى المتلف أيضاً وللمفسوخ عليه الرجوع إلى الفاسخ أو المتلف مع التلف ولا اختصاص لهذه ال(مسألة بالمقام بل هي سيالة في جميع الموارد التي يبقى فيها الخيار أو يتحقق فيها الإقالة مع عدم بقاء العوضين أو أحدهما.

التاسعة: حكم تلف البعض حكم تلف الكل، وكذا تلف وصف الصحة في انه ممن لا خيار له، لإطلاق ما تقدم من الصحيح[١] وظهور الاتفاق.

---

(١) راجع صفحة: ٢٥٠.

العاشرة: مورد قاعدة: «التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له» انما هو بعد تحقق القبض وأما قبل القبض فتلف المبيع من البائع سواء كان في البين خيار أولا، للإجماع، ولقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فمع وجود هذه القاعدة المعمول بها لا مجال للقاعدة الأولى، كما لا وجه لتوهم المعارضة، لإجماعهم على تقديم قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه على قاعدة: (التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له).

الحادية عشرة: ظاهر قول أبي عبد الله عليه السلام: «فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع»[١] وقول الفقهاء: «التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له» تحقق إضافة حقيقية لهذا المال إلى من لا خيار له ولا تثبت هذه الإضافة إلا بانفساخ العقد قبل التلف انا ما ودخول المال في ملك من لا خيار له ثمَّ التلف في ملكه ولا محذور فيه من عقل أو نقل بل لا بد من الأخذ بهذا الظهور صونا لكلام المتكلم العاقل عن اللغوية أو الحمل على ما يبعد عن الأذهان العرفية، فهذا من سنخ دلالة الاقتضاء المعتبرة عند أبناء المحاورة مطلقا إذ لا وجه لضمان شخص مال غيره، وأما سائر الاحتمالات المذكورة في المفصلات مما لا دليل عليها بل لا قائل بجملة منها كما هو واضح على المتتبعين.

ان قيل: لا وجه لضمان شخص ملك الغير بناء على حصول الملكية بمجرد العقد، مع أن كون منافع المال لمن له الخيار يقتضي أن يكون العين ملكا له.

يقال: لا موضوع أصلا لهذا الإشكال، لأنه مع فرض انفساخ العقد آنا ما تحقيقا أو تقديرا وانتقال المال عن من له الخيار إلى من لا خيار له لا يبقى موضوع لتوهم هذا الإشكال.

الثانية عشرة: هل تختص هذه القاعدة بما إذا كان الخيار متعلقا بنفس العين من حيث هي أو يعم بما إذا تعلق بمالية المال؟ ظاهر الأخبار والكلمات

---

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب الخيار حديث: ٢.

السابع من أحكام الخيار: انه لو شك في سقوطه بعد ثبوته يحكم بعدم السقوط[٣٧].

الثامن: بعد تحقق الفسخ يجب على الفاسخ إعلام المفسوخ عليه بالحال لو لم يعلم به [٣٨]، ويضمن لو تلف في يده وكذا العوض في يد المفسوخ عليه[٣٩].

وإن كان هو الأول ولكن يحتمل الأخير، لأن العين طريق إلى التحفظ على المالية وعلى هذا يصير إطلاق القاعدة موافقا لأصالة بقاء الخيار فيصير المعنى ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له أي: انه لا يوجب سقوط الخيار فإن شاء ذو الخيار فسخ ورد بدل التالف ويأخذ العوض وإن شاء امضى البيع، وعلى هذا الاحتمال يسقط البحث عن الجهة الحادية عشر فتأمل وراجع المفصلات لعلك تجد ترجيحا لهذا الاحتمال.

(٣٧) لاستصحاب بقائه سواء كان منشأ الشك تلف العين أو شيء آخر فمقتضى الأصل بقاء الخيار إلا أن يدل دليل بالخصوص على السقوط بالتلف أو نحو ذلك وقد مر تفصيل ذلك في أقسام الخيارات.

(٣٨) لصيرورته ملكا للمفسوخ عليه فيجب عليه استرضاؤه في بقائه تحت يده ولا يجري الاستصحاب لتغير الموضوع.

(٣٩) لقاعدة اليد الشاملة للمقام أيضاً. واحتمال اختصاصها باليد العادية فلا تشمل مطلق اليد.

باطل: بعد ظهور الإطلاق.

نعم، خرج منها الأمانات المالكية والشرعية وبقي الباقي. والله تعالى هو العالم.

فصل فيما يدخل في المبيع

(مسألة ١): يدخل في المبيع كل ما يشمله اللفظ بحسب المتعارف عند الناس [١]، فلو باع بستانا دخل فيه الأرض والشجر والنخل والأبنية التي فيها وسورها وما يعد من توابعها ومرافقها كالبئر والناعور والحظيرة ونحوها [٢] و لو باع أرضا لا يدخل فيها النخيل والأشجار التي فيها، وكذا لا يـدخل الزرع فيها[٣]

فصل فيما يدخل في المبيع

(١) لأن المدار في ألفاظ العقود تعميما وتخصيصا هو المحاورات العرفية ما لم يرد دليل على الخلاف ولا دليل كذلك في المقام.

(٢) لشمول لفظ البستان لذلك كله ما لم تكن قرينة معتبرة على الخلاف ويمكن أن يكون بعض الأبنية الخاصة خارجة بالقرينة وإلا فـظاهر اللـفظ هـو الشمول للجميع.

نعم، لو شك في الشمول وعدمه، فأصالة عدم النقل جارية. فالأقسام ثلاثة: الشمول عرفا، وعدمه كذلك، والشك في الشمول وعدمه والمرجع فـي الأخـير أصالة عدم النقل والانتقال، والظاهر أن الأشجار اليابسة المنصوبة من القسم الأول فيشملها لفظ البستان.

(٣) لعدم دخول ذلك كله في مفهوم الأرض لا لغة ولا عرفا ولا شرعا.

إلا مع الشرط [٤]، وكذا لا يدخل الحمل في بيع الام والثمرة في بيع الشجر بلا شرط [٥].

(مسألة ٢): لو باع نخلا فإن كان مؤبرا فالثمرة للبائع [٦] و يجب على المشتري إبقاؤها على ما جرت به العادة في إبقاء تلك الثمرة [٧] و إن لم يكن مؤبرا كان للمشتري [٨] و يختص هذا التفصيل بالبيع وأما في غيره فالثمرة للناقل سواء كانت مؤبرة أو لا كما انه مختص بالنخل فلا يجري في

---

(٤) لأنه لا ريب في الشمول حينئذ عرفا، وإجماعا، ونصا ففي صحيح الصفار: «انه كتب إلى أبي محمدعليه السلام في رجل اشترى من رجل أرضا بحدودها الأربعة وفيها زرع ونخل وغيرهما من الشجر، ولم يذكر النخل ولا الزرع ولا الشجر في كتابه، وذكر فيه انه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخلة فيها والخارجة منها، أ يدخل الزرع والنخل والأشجار في حقوق الأرض أم لا؟ فوقععليه السلام: إذا ابتاع الأرض بحدودها وما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها إن شاء الله»[١]

(٥) للأصل والعرف والإجماع.

(٦) للأصل، والإجماع، والنص قال عليعليه السلام: «من باع نخلا قد أبره فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع ثمَّ قال: قضى به رسول الله»[٢] وعن الصادقعليه السلام قال: «قضى رسول الله أن ثمر النخل الذي أبرّها إلا أن يشترط المبتاع»[٣]

(٧) لأنه لازم الالتزام على نفسه بكونها للبائع مضافا إلى الإجماع والتسالم عليه.

(٨) للإجماع، ومفهوم ما تقدم من الأخبار.

---

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام العقود.
(٢) و (٣) الوسائل باب: ٣٢ من أبواب أحكام العقود حديث: ٣ و ٢.

غيره فالثمرة فيه للناقل مطلقا إلا مع الشرط [٩].

(مسألة ٣): إذا باع الأصول وبقيت الثمرة للبائع واحتاجت الثمرة إلى السقي يجوز لصاحبها أن يسقيها [١٠] و ليس لصاحب الأصول منعه [١١]، وكذا العكس [١٢] و لو تضرر أحدهما بالسقي والآخر بتركه يقدم حق المشتري [١٣] ولكن الأحوط التصالح والتراضي بأي نحو كان ولو ببذل الأرش للمتضرر منهما [١٤].

(مسألة ٤): لو باع بستانا واستثنى نخلة مثلا فله الممر إليها والمخرج ومد جرائدها في الفضاء وعروقها في الأرض [١٥] و ليس للمشتري منع

---

(٩) كل ذلك للأصل والإجماع واختصاص دليل التفصيل بخصوص البيع وخصوص النخل ففي غيرهما يرجع إلى الأصل وأما مع الشرط فيصح أن يكون للمنقول إليه مطلقا، لعموم وجوب الوفاء بالشرط.

(١٠) لقاعدة السلطنة المقتضية لذلك، مضافا إلى ظهور الإجماع والتسالم عليه.

(١١) لأصالة عدم حق له على ذلك.

(١٢) لأنه يجري فيه جميع ما تقدم في سابقة من قاعدة السلطنة بالنسبة إلى صاحب الأصل، وأصالة عدم حق المنع بالنسبة إلى غيره.

(١٣) لأن البائع هو الذي أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على مثل هذا البيع.

(١٤) لاختلاف الأقوال في ال(مسألة منها تقديم قول البائع، لأنه أسبق ومنها مراعاة أقوى الضررين ولكن لا دليل على كل منهما كما لا يخفى.

(١٥) لشمول الاستثناء لذلك كله بالتبع أيضاً، مضافا إلى الإجماع والنص منها قول أبي عبد الله عليه السلام: «قضى النبي صلى الله عليه وآله في رجل باع نخلا واستثنى غلة نخلات فقضى له رسول الله صلى الله عليه وآله بالمدخل إليها والمخرج منها ومد

شيء من ذلك[١٦]، وإذا باع دارا دخل فيها الأرض والأبنية الأعلى والأسفل إلا أن يكون الأعلى مستقلا عند المتعارف وبنظر أهل الخبرة وكذا يدخل السراديب والأبواب والأخشاب المتداخلة في البناء والأوتاد المثبتة فيه بل السلم المثبت على شبه الدرج ونحو ذلك من آلات الكهرباء ونحوها [١٧] و لا يدخل الرحى المنصوبة والشجر والنخل والمفاتيح إلا مع جريان العادة أو الشرط[١٨].

(مسألة ٥): الأحجار المخلوقة في الأرض والمعادن المكتومة فيها تدخل في بيعها تبعا [١٩] و أما الأحجار المدفونة فيها فهي خارجة [٢٠].

جرائدها»[١].

(١٦) لأصالة عدم حق له عليه بعد شمول الاستثناء لذلك أيضاً بالتبع.

(١٧) لجريان العرف والعادة على ذلك كله فكل ما كانت أمارة معتبرة في البين تدل على دخوله في البيع يدخل وكل ما لم تكن امارة عليه يخرج سواء كانت إمارة على الخروج أولا، لأصالة عدم الانتقال ولا بد من مراجعة الثقة من أهل الخبرة فإنهم أعرف بهذه الأمور الفقهية فإن حكموا بالدخول يتبع قولهم، وكذا لو حكموا بعدم الدخول، وفي مورد الشك فالمرجع هو أصالة عدم النقل.

(١٨) أما خروجها فللأصل، وأما الدخول مع جريان العادة أو الشرط فهو أوضح من أن يستدل عليه.

(١٩) لحكم العرف بذلك مضافا إلى عدم الخلاف إلا إذا كانت أهمية عظمى لم يحكم العرف بالتبعية أو تردد فيها فيرجع إلى الأصل حينئذ وبذلك يمكن أن يجمع بين قول المشهور ومن نسب إليه القول بعدم الدخول.

(٢٠) للأصل بعد عدم حكم العرف بالتبعية أو شكه فيها.

نعم، لو باعها بكل ما فيها تدخل حينئذ والله تعالى هو العالم.

---

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب أحكام العقود حديث :٢.

فصل في النقد والنسيئة

(مسألة ١): من باع شيئا ولم يشترط فيه تأجيل الثمن يكون نقدا وحالا[1]

وهما: من المعاملات النظامية العامة لا تختص بمذهب وملة بل جارية في جميع الملل والأديان وجميع الأمكنة والأزمان.

والشقوق العقلية بالنسبة إلى العوضين أربعة: لأن كلا منهما إما نقد ويسمى بالنقد، أو المبيع نقد والثمن مؤجل ويسمى بالنسية، أو يكون بالعكس ويسمى بالسلف، أو كل منهما مؤجل ويسمى بيع الدين بالدين. وجميع ذلك من المفاهيم المبينة العرفية فلا يحتاج إلى البيان وشرح اللفظ.

والكل صحيح إلا الأخير فهو باطل بأقسامه الثلاثة.

الأول: بيع الكلي المؤجل بالكلي المؤجل.

الثاني: أن يبيع دينا سابقا على العقد قبل حلوله أو بعده بدين كذلك.

الثالث: أن يبيع دينا سابقا بكلي مؤجل أو بالعكس وجميع هذه الأقسام باطل للإجماع، وإطلاق قوله ﷺ: «لا يباع الدين بالدين»[1]

ثمَّ أن بيع الدين بالدين أقسام كثيرة ربما تزيد على أربعين قسما تأتي الإشارة إلى بعضها في كتاب الدين في (مسألة بيع الدين بالدين إن شاء الله تعالى.

(١) للإجماع، وما هو المتعارف بين الناس، ولموثق عمار بن موسى عن

---

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب الدين والقرض.

فللبائع بعد تسليم المبيع مطالبته متى أراد [٢] و ليس له الامتناع عن أخذه متى دفعه المشتري إليه [٣].

أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثمَّ افترقا فقال عليه السلام: وجب البيع والثمن إذا لم يكونا اشترطا فهو نقد» [١] وإطلاقه كإطلاق الفتاوى يشمل ما إذا قصد التعجيل فيكون ذكر الأجل مانعا عن الحلول لا أن يكون ذكر التعجيل شرطا فيه فيصير الإطلاق ظاهرا في التعجيل كما في النكاح الدائم والمنقطع فإن بذكر المدة فيه يصير منقطعا وإلا فهو دائم كما عن جمع من أنه مطابق للقاعدة لا لأجل النص الخاص الوارد فيه كما عن آخرين.

فيكون بيع المعجل أقسام ثلاثة.

الأول: ما أطلق فيه البيع ولم يذكر الأجل.

الثاني: ما ذكر فيه الحلول.

الثالث: ما أطلق وكانت في البين قرائن دالة على رضا البائع بتأخير أداء الثمن فإنه أيضاً حال ويجوز للبائع مطالبة الثمن في أي وقت شاء وأراد، وفي القسم الأول والأخير لو شرط التعجيل يصح ويكون في تخلفه الخيار كما في تخلف كل شرط ومعنى اشتراط التعجيل أي الإسراع العرفي للأداء.

(٢) لاقتضاء الحلول ذلك عرفا وشرعا، مع ان لكل ذي حق مطالبة حقه بعد ثبوت المقتضى له وفقد المانع عنه كما هو المفروض في المقام بل يجوز له الإجبار بعد مراجعة الحاكم الشرعي.

(٣) لأصالة عدم ثبوت حق الامتناع له كما في كل حق حال مع أن في امتناعه عن القبول نحو تسلط على المديون ولا وجه له في ذلك عليه بل قد يكون ضررا وظلما وهذه قاعدة كلية جارية في جميع الديون الحالة وحينئذ لو تلف عند المشتري لا يكون ضامنا بعد عزله وعرضه على البائع وعدم قبوله له،

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب أحكام العقود حديث :٢.

و إذا اشترط تأجيله يكون نسيئة [٤] و لا يجب على المشتري دفعه قبل الأجل وإن طولب به [٥]، كما انه لا يجب على البائع أخذه إذا دفعه المشتري قبله [٦].

(مسألة ٢): لا بد في النسيئة أن تكون المدة معينة مضبوطة لا يتطرق إليها احتمال الزيادة والنقصان [٧] و لا بأس بما يتسامح به عرفا [٨].

لأصالة البراءة بعد تحقق الأداء عرفا فلا تشمله قاعدة اليد ويصير المال بعد العزل والعرض والامتناع عن القبول يصير ملكا للدائن لصدق الأداء حينئذ عرفا ولا يجب على المديون حفظه للأصل.

(٤) لإجماع الفقهاء بل العقلاء، ونصوص كثيرة منها ما تقدم من الموثق وتأتي الإشارة إلى بعضها.

(٥) لأجل التزامهما بالتأخير فصار ذلك حقا للمشتري على البائع مضافا إلى الإجماع.

(٦) لأصالة عدم الوجوب بعد رضائه بالتأخير والاقدام المعاملي على النسيبة، مضافا إلى ظهور الإجماع على عدم الوجوب. هذا إذا جعل التأخير حقا لهما بمعنى: انه لا يطالب البائع إلا بعد انقضاء المدة ولا يدفع المشتري إلا كذلك، ويجوز أن يجعل حقا للمشتري فقط بمعنى: انه يجوز له التأخير إلى المدة المعينة وفي أي وقت شاء دفعه فيجب على البائع القبول حينئذ كما يجوز أن يجعل حقا للبائع فقط بمعنى عدم طلبه إلى المدة ولكن لو دفعه المشتري قبله فيصح بالأنحاء الثلاثة ويختلف الحكم باختلاف كيفية الجعل، والمتعارف هو القسم الأول والإطلاق منزل عليه إلا مع القرينة على الخلاف. ثمَّ انه يجوز النسية بالنسبة إلى تمام الثمن وبالنسبة إلى بعضه مدة واحدة أو نجوما.

(٧) لإجماع الفقهاء، وسيرة العقلاء، وعدم دليل على الخلاف.

(٨) لابتناء المعاملات على العرفيات والمفروض ان العرف يتسامح فيه

(مسألة ٣): لو اشترط التأجيل ولم يعين أجلا، أو عين أجلا مجهولا كان البيع باطلا [٩] **و لا بد في المدة أن تكون معلومة عند المتعاملين فلا يكفي تعيينه الواقعي بعد جهل المتعاملين به** [١٠]**، ولا فرق في المدة بين القصيرة ـ كساعة أو ساعتين ـ والطويلة كمأة سنة مع وجود غرض صحيح في البين** [١١]**.**

ولا يراه مانعا عن شيء فتشمله الإطلاقات والعمومات، فلو جعل المدة آخر الشهر الهلالي مع احتماله للتمام والنقصان لا بأس به وكذا في نظائره.

(٩) للغرر، وعدم اقدام المتعارف على مثل هذا القسم من المعاملة، والشك في شمول الإطلاقات والعمومات لمثله يكفي في البطلان، لأن التمسك بها حينئذ من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك فيرجع إلى أصالة عدم النقل والانتقال بعد عدم صحة التمسك بأصالة الصحة كما هو سيرة الفقهاء في نظائر المقام.

(١٠) لأن بناء المعاملات عند العرف على إحراز المتعاملين خصوصيات العوضين وما يتعلق بهما بحسب نظرهما وتوافقها عليهما كذلك والتعيين الواقعي مع عدم احرازهما له لا أثر له فقراهم انهم يرون لاحرازهم نحو موضوعية في معاملاتهم وعهودهم.

نعم، لو كانت معلومة في الواقع ومجهولة لديهما ولكن كانت في معرض العلم بهما عرفا بحيث يقدم على ذلك نوع الناس لا بأس به حينئذ.

(١١) للإطلاق، والاتفاق، وخبر أحمد بن محمد قال: «قلت لأبي الحسن عليه السّلام إني أريد الخروج إلى بعض الجبال فقال: ما للناس بد من أن يضطربوا سنتهم هذه فقلت له: جعلت فداك إنا إذا بعناهم بنسية كان أكثر للربح قال عليه السلام: فبعهم بتأخير سنة قلت بتأخير سنتين؟ قال: نعم قلت بتأخير ثلاث؟ قال عليه السلام: لا»[١] وفي خبر البزنطي[٢] عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «أن هذا

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١ من أحكام العقود.

(مسألة ٤): لو باع شيئا بثمن حالا وبأزيد منه إلى أجل بأن قال بعتك نقدا بعشرة ونسية إلى سنة مثلا بخمسة عشر وقال المشتري قبلت هكذا ـ فالأحوط التراضي بينهما بأقل الثمن [١٢]. ولو باعه إلى أجل

الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق فقالعليه السلام: إن أردت الخروج فاخرج فإنها سنة مضطربة وليس للناس بد من معاشهم فلا تدع الطلب فقلت: انهم قوم ملأى ونحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنة قال بعهم قلت سنتين؟ قال: بعهم قلت: ثلاث سنين؟ قالعليه السلام: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين»

محمول على الإرشاد إلى التحفظ على المال وعدم تضييعه مهما أمكن والاستفادة منه في تمام الأحوال وهو أمر مرغوب لدى العقلاء في جميع الأعصار، لا أن يكون المراد بهما الحرمة التعبدية الشرعية.

وأما احتمال انه لا وجه لتطويل المدة لحلول الديون بالموت، فلا وجه له لأن الحلول بالموت حكم تعبدي شرعي يجري في المدة القصيرة والطويلة فعلى هذا الاحتمال لا بد وان يمنع عن المدة القصيرة أيضاً.

(١٢) البحث في هذه المسألة.

تارة: بحسب القاعدة.

وأخرى: بحسب الأخبار الخاصة. أما الأولى فإن كان البيع بالنسبة إلى الثمن المردد من حيث الترديد فهو محال، لعدم إمكان تعلق القصد بالنسبة إلى المردد من حيث هو، إذ لا ثبوت له بوجه من الوجوه. وإن كان على وجه التخيير في اختيار أي الثمنين شاء فالبيع باطل من جهة جهالة العوض. وإن كان البيع بالأقل والزيادة في مقابل التأجيل فهو ربا ويكون من الشرط الفاسد فأصل البيع صحيح لما مر من أن الشرط الفاسد غير مفسد هذه أصول الأقسام وحكمها.

وأما الأخبار فهي على قسمين.

الأول: قول عليعليه السلام في خبر محمد بن قيس: «من ساوم بثمنين أحدهما

عاجلا والآخر نظرة فليسم أحدهما قبل الصفقة»[١] وعن النبي صلى الله عليه وآله: «لا يحل صفقتان في واحدة»[٢] وفي خبر آخر ذلك بأن يقول: «إن كان بالنقد فبكذا وإن كان بالنسبة فبكذا»[٣] وقد عمل بهما جمع مع قصور سندهما.

الثاني: خبر ابن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام من باع سلعة فقال إن ثمنها كذا وكذا يدا بيد وثمنها كذا وكذا نظرة فخذها بأي ثمن شئت وجعل صفقتها واحدة فليس له إلا أقلهما وإن كانت نظرة»[٤] وعن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام: «ان عليا عليه السلام قضى في رجل باع بيعا واشترط شرطين بالنقد كذا، وبالنسية كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين فيقول: ليس له إلا أقل النقدين إلى الأجل الذي أجله بنسيئة»[٥] وهما معتبران ومشهوران بين الأصحاب لأنهم بين عامل بهما أو حامل لهما على بعض المحامل فلا محذور في العمل بهما فيكون تحديدا شرعيا في مثل هذا القسم من المعاملة كما هو عادته في جملة من الموارد فيحمل الخبران الأولان على الكراهة كما هو عادة الفقهاء في الجمع بين مثل هذه الأخبار.

وأما ما عن الشيخ رحمه الله من أن الخبرين مخالفان لأدلة اعتبار التراضي في البيع، وما عن بعض مشايخنا من استلزامها لوقوع غير المقصود لعدم القصد إلى البيع بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين.

مخدوش: بأنه عرض عليه هذا النحو من البيع وتحقق منهما التراضي بالنسبة إلى هذا القسم من المعاملة عرفا كما تحقق منهما القصد إليها في الجملة لكل واحد من الثمنين فيصير البيع مطابقا للقاعدة لأن كون مقصود المتعاملين المردد من حيث الترديد باطل قطعا لأنه من مجرد الاحتمال العقلي وانما

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب أحكام العقود حديث: ١.

(٢) و (٣) مستدرك الوسائل باب: ٢ من أبواب أحكام العقود حديث: ٢ و ١.

(٤) و (٥) الوسائل باب: ٢ من أبواب أحكام العقود حديث: ١ و ٢.

و بأزيد منه إلى أجل أخر بطل (١٣).

(مسألة ٥): إذا كان التأجيل حقا للمديون مشتريا كان أو غيره ـ فأسقطه باختياره يجوز لصاحب الدين مطالبة الدين (١٤).

(مسألة ٦): لا يجوز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه بأن يزيد في ثمنه الذي استحقه البائع مقدارا ليؤجله إلى أجل خاص، وكذا لا يجوز أن يزيد في الثمن المؤجل ليزيد في الأجل سواء وقع ذلك بنحو البيع أو الصلح أو الجعالة أو غيرها (١٥)، ويجوز ذلك بوجهين.

نظرهما إلى التخيير وهو يوجب الجهالة لو لم يكن معين في البين والمفروض ان الشارع عينه بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين.

(١٣) للجهالة، ولأنه مستلزم للربا، ويمكن الإشكال في الأول بعدم كون هذا النحو من الجهالة التي تؤل إلى العلم مانعا كما يمكن أن يشكل في الثاني بأنه من الشرط الفاسد وقد مر عدم كونه مفسدا، ولا يجري ما تقدم من الخبرين الدالين على الصحة بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين في المقام، لاختلاف الموضوع فيكون من القياس الباطل، والحق ان هذه المسائل غير منقحة في كلماتهم مع فقدان النصوص فيها.

(١٤) لوجود المقتضى لجواز المطالبة وفقد المانع عنه بعد كون الأصل في كل حق أن يكون قابلا للإسقاط إلا مع الدليل على الخلاف وهو مفقود في المقام.

نعم، لو كان التأجيل حكما شرعيا أو حقا للدائن أو مشتركا بينه وبين المديون لا يسقط بإسقاط المديون حينئذ ولكن كل ذلك خلاف الفرض.

(١٥) لأن كل ذلك من الربا المحرم بالأدلة الثلاثة كما يأتي تفصيله في محله إن شاء الله تعالى بل مورد نزول آية الربا[١] كان هذا القسم من الزيادة كما

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥ وراجع ما يتعلق بالآية المباركة في ج: ٤ من مواهب الرحمن في تفسير القرآن

الأول: أن يهدي إلى الدائن هدية مثلا والدائن زاد في المدة تقربا إلى الله وإحسانا إليه فقط، وكذا لو كان ذلك بنحو الجعالة أو الصلح بشرط أن لا يجعل متعلقها نفس الزيادة في المدة بل حصلا بالنسبة إلى شيء آخر وحصلت الزيادة بداع آخر من صلة رحم أو إحسان محض أو نحو ذلك (١٦).

الثاني: أن يجعل الزيادة المبذولة في عوض معاملة أخرى من ثمن مبيع أو اجرة أو عوض صلح معاوضي مع اشتراط التأخير في الدين الحال إلى أجل خاص من غير أن يجعل ذلك في مقابل بذل الزيادة (١٧). ويجوز

فصل في تفاسير الخاصة والعامة، ويدل عليه صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام[1] كما يأتي أيضاً.

(١٦) لأصالة الإباحة والبراءة، إطلاق أدلة الصلح والجعالة، وعدم ربط لبذل المال بزيادة المدة بل حصل كل منهما مستقلا في حد نفسه مع عدم اشتراط من أحدهما على الآخر في البين، والربا إنما يأتي من ناحية الشرط ومجرد كون بذل المال في الواقع منشأ لحصول الزيادة في المدة لا يضر بعد عدم ذكر لفظي لذلك ظاهرا والدواعي والأغراض الواقعية لا تصير قيدا في العقود الإنشائية ما لم يكن تقييد لفظي في الظاهر.

(١٧) للنصوص، والإجماع منها خبر ابن عمار قال: «قلت للرضا عليه السلام: الرجل يكون له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال إلى وقت قال: لا بأس به قد أمرني أبي ففعلت ذلك»[2] ومنها خبره الآخر قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخّرني بها وأنا أربحك فأبيعه جبة تقوّم عليّ بألف درهم بعشرة آلاف

---

(١) الوسائل باب: ٣٢ من أبواب الدين والقرض.

(٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب أحكام العقود حديث :٦.

عكس ذلك وهو تعجيل المؤجل من الحقوق المالية المؤجلة بنقصان منها بنحو الصلح أو الإبراء أو نحوهما (١٨).

(مسألة ٧): لو باع شيئا نسيئة يجوز شراؤه منه قبل حلول الأجل وبعده بجنس الثمن أو بغيره سواء كان مساويا للثمن الأول أو أزيد منه أو أقل، وسواء كان البيع الثاني حالا أو مؤجلا (١٩)، وربما يحتال بذلك

درهم ـ أو قال بعشرين ألفا ـ وأؤخره بالمال قال عليه السلام: لا بأس»[1] إلى غير ذلك من الأخبار الصريحة في الجواز والظاهرة في عدم الجواز مع جعل الزيادة في مقابل التأخير ولا يقدح في ذلك كونه نحو حيلة من التخلص من الربا بعد اذن الشارع له في هذه النصوص وعمل الأصحاب بها وهذه كلها من عنايات الشارع وتسهيلاته لأمته ونعمت الحيلة ما يفر بها من الباطل إلى الحق.

(١٨) للأصل، والإجماع، والنصوص منها صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: انقدني من الذي كذا وكذا واضع لك بقيته أو يقول انقدني بعضا وأمد لك في الأجل فيما بقي فقال: لا أرى به بأسا ما لم يزد على رأس ماله شيئا يقول الله عز وجل ﴿فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوالِكُمْ لا تَظْلِمُونَ وَ لا تُظْلَمُونَ﴾[2] وقريب منه غيره.

(١٩) للأصل، والإطلاقات كتابا وسنة، وإطلاق جملة من الأخبار الخاصة كصحيح ابن يسار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه قال عليه السلام: نعم لا بأس به فقلت له: اشترى متاعي فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك»[3] وصحيح ابن حازم قال:

---

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب أحكام العقود حديث: ٤.
(٢) الوسائل باب: ٣٢ من أبواب الدين والقرض.
(٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب أحكام العقود: ٣.

للتخلص من الربا ببيع من عنده الدراهم شيئا على من يحتاج إليها بثمن إلى أجل ثمَّ يشتري منه ذلك الشيء حالا بأقل من ذلك الثمن فيعطيه الثمن الأقل ويبقى على ذمته الثمن الأول (٢٠) و انما يجوز ذلك كله إذا لم

قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه فقال له المطلوب: أبيعك هذا الغنم بدراهمك التي ذلك عندي فرضي قال عليه السلام: لا بأس بذلك»[١]

وأما خبر ابن الحجاج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى فلما حل الأجل أخذته بدراهمي فقال: ليس عندي دراهم ولكن عندي طعام فاشتره مني قال عليه السلام: لا تشتره منه فإنه لا خير فيه»[٢]؛ وكذا خبر عبد الصمد بن بشير قال: «سأله محمد بن القاسم الحناط فقال أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل: إلى أجل فأجيء وقد تغير الطعام من سعره فيقول: ليس عندي دراهم قال: خذ منه بسعر يومه قال: افهم أصلحك الله انه طعامي الذي اشتراه مني قال عليه السلام: تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك قال: أرغم الله أنفي رخص لي فرددت عليه فشدد عليّ»[٣] فلا بد من حملهما على الكراهة. فما نسب إلى الشيخ رحمه الله في النهاية من منعه من البيع بعد حلول الأجل بنقصان من الثمن، ونسب إليه رحمه الله أيضاً من منعه في خصوص الطعام بأنه بعد الحلول لا يجوز للبائع أخذ الطعام بدلا من الثمن إلا بما يساومه بلا زيادة. لا دليل على كل واحد منهما يصح الاعتماد عليه.

(٢٠) ولا ريب في جواز هذه الحيلة. للأصل وإطلاقات أدلة البيع والتجارة، وإطلاق بعض ما تقدم من الأخبار.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب السلف: ٣ و ٥.

(٣) الوسائل باب: ١٢ من أبواب السلف: ٥.

يشترط في البيع الأول، فلو اشترط البائع في بيعه على المشتري أن يبيعه بعد شرائه أو شرط المشتري على البائع أن يشتريه منه لم يصح على الأحوط(٢١).

---

(٢١) نسب ذلك إلى المشهور، واستدل عليه.

تارة: بأنه مستلزم للدور لتوقف البيع الأول على البيع الثاني توقف المشروط على شرطه وتوقف البيع الثاني على البيع الأول، لأنه متوقف على الملك والملك متوقف على البيع الأول فيكون البيع الثاني متوقفا عليه وهذا هو الدور.

وأخرى: بأنه غير مقدور حين البيع الأول، مع أن هذا النحو من الشرط لغو.

وثالثة: بخبر ابن منذور قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل فيطلب العينة فاشترى له المتاع مرابحة ثمَّ أبيعه إياه ثمَّ أشتريه منه مكاني

قال عليه السلام: إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتر فلا بأس، فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: ان جاء به بعد أشهر صلح قال عليه السلام: انما هذا تقديم وتأخير فلا بأس»[1] وخبر ابن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم، ثمَّ اشتراه بخمسة دراهم أ يحل؟ قال عليه السلام: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس»[2] هذه أدلتهم.

والكل مخدوش. أما الأول: فلأن الشرط في المقام ليس ما يلزم من عدمه العدم حتى يثبت التوقف الدوري بل بمعنى الإلزام والالتزام المعاملي فلا توقف من هذه الجهة في البين.

وأما الثاني: فلفرض تحقق الغرض الصحيح في البين والمعتبر من القدرة حين العمل لا حين إنشاء البيع الأول وهو قادر حينئذ.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب أحكام العقود حديث: ٤ و٦.

(مسألة ٨): يجوز بيع الثمن الذي يكون نسيئة بأقل منه أو أكثر إلى نفس المشتري أو إلى غيره [٢٢].

وأما الأخير: فلا ربط له بالمقام فإن المراد منه عدم إيجاب البيع للمشتري الثاني قبل تحقق البيع وتماميته من البائع الأول فتكون خلاصة مفاده انه إن كان بنحو المقاولة فلا بأس وان كان بنحو البيع التام الحقيقي فلا موضوع لصحته.

لعدم ملك العين.

نعم، يصح بناء على الفضولي، فمقتضى الإطلاقات والعمومات وإطلاق دليل«المؤمنون عند شروطهم»[١] الصحة في هذه الصورة أيضاً، ولكن الأحوط ما هو المشهور من البطلان.

(٢٢) للأصل، والإطلاقات، والعمومات ولا يلزم الربا المعاملي لفرض عدم كون العوضين من المكيل أو الموزون بل من النقود الورقية المعدودة، ولا الربا القرضي، لفرض أن العنوان هو البيع دون القرض.

---

(١) تقدم في صفحة :٢٣٩.

القبض والتسليم

(مسألة ١): يجب على المتبايعين تسليم العوضين بعد العقد [1] **لو**

القبض والتسليم

وهما: من المعاني العرفية المختلفة باختلاف الأشياء غير المحدود بحد خاص، بل له عرض عريض جدا بالنسبة إلى متعلق المعاوضات وسائر الخصوصيات.

فالقبض عبارة عن استيلاء من انتقل إليه المال عليه وتمام تمكنه فيما ملكه بكل ما شاء وأراد.

وهما: من المداليل الالتزامية العقلائية لكل معاوضة وقعت بينهم فإنهم يلتزمون بهما في إنشاءاتهم المعاوضية كأصل التزامهم بها ويجعلون الالتزام المعاملي طريقا خاصا للاستيلاء على القبض والتسليم وهو الغرض الأصلي من المعاوضة وليس القبض من المعاني المستنبطة حتى نحتاج فيه إلى نظر الفقيه، وتنتهي معانيه إلى ما يقرب من عشرة.

(١) لمكان التزامهما بذلك المدلول عليه بالالتزام العقدي الصادر منهما، فتدل عليه إطلاق الأدلة الثلاثة من الكتاب والسنة والإجماع على وجوب الوفاء بالعقد بمفاده المطابقي والالتزامي العقلائي وهذا الوجوب مطلق على كل منهما وليس بمشروط بقبض الآخر.

لم يشترط التأخير [٢] فلا يجوز لكل منهما التأخير مع الإمكان إلا برضا صاحبه [٣].

---

(٢) لأن هذا الحق متقوم بهما فيجوز لهما شرط التأخير كيف ما شاءا أو أرادا فيشمله حينئذ عموم: «المؤمنون عند شروطهم» ويكون وجوب التسلم فعلا مع شرط التأخير من الخلف الباطل ومع عدم الشرط، فمقتضى إطلاق الالتزام بالتسليم فعلية القبض كما هو مقتضى كل سبب مطلق مع مسببه.

(٣) لحصول الالتزام الفعلي بالتسليم كذلك لكل منهما إلى الآخر فيحرم نقض هذا الالتزام لأدلة وجوب الوفاء بالعقد وكل معاهدة معاوضية وقعت بين العقلاء يلزمها أمور ثلاثة في عرض واحد لزوم الزوجية للأربعة.

الأول: وجوب الوفاء بها عند العقلاء كافة ويلزمه الوجوب الشرعي الدال عليه بالكتاب والسنة والإجماع.

الثاني: التزام كل منهما بتسليم ما انتقل عنه وهذا التزام منطوقي لنفس معاهدتهم بل لو قيل انه عينها حقيقة ومختلفة معها مفهوما لا بأس به.

الثالث: الإجبار في الجملة عند الامتناع وانحلال البناء المعاملي المعاوضي والمعاهدة المعاوضية إلى هذه الأمور مما تشهد به فطرة كل ذي شعور فلا نحتاج إلى تطويل المقال وتكثير الاحتمال فيما هو عام البلوى لجميع الناس في تمام الأحوال.

ثمَّ إن وجوب التقابض مستقل مطلق غير مشروط بقبض الآخر كما أن أصل وجوب الوفاء بالعقد كذلك بالنسبة إليهما ومن لوازم كون وجوب الوفاء ووجوب القبض مطلقا وغير مشروط بوفاء الآخر وقبضه أن امتناع أحدهما عن الوفاء والقبض لا يوجب جواز عدم وفاء الآخر وعدم التسليم عليه لأن عصيان أحدهما لا يوجب جواز عصيان الآخر.

نعم، لو كان ذلك بعنوان التقاص وقلنا بجوازه في مثل ذلك ووقع بإذن

فإن امتنعا أجبرا [٤] و لو امتنع أحدهما مع تسليم صاحبه اجبر الممتنع [٥] ولو اشترط كل منهما تأخير التسليم إلى مدة معينة جاز [٦].

(مسألة ٢): ليس لغير من اشترط التأخير الامتناع عن التسليم لعدم تسليم صاحبه الذي اشترط التأخير [٧].

(مسألة ٣): يجوز أن يشترط البائع لنفسه سكنى الدار، أو ركوب المركوب. أو زرع الأرض أو نحو ذلك من الانتفاعات [٨].

الحاكم الشرعي يجوز حينئذ.

(٤) لمكان التزامهما بالتسليم فلا بد لهما من القيام بما التزما به والإجبار عند الامتناع عن الملزمات العقلائية الشرعية من أهم الأمور الحسبية النظامية التي لا بد لحكام الشرع من القيام بها بل لعامة الناس القادرين على ذلك لأن ذلك خير وإحسان محض ومن صغريات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

(٥) لما مر من أن إجبار الممتنع عن أداء الحق الذي وجب عليه من أهم الأمور الحسبية النظامية التي يجب على حاكم الشرع القيام بها بل على الناس.

(٦) لأن الحق لهما ويدور مدار رضائهما فمع الإطلاق فوري ومع الاشتراط يدور مدار الشرط ويشمله عموم أدلة الشرط حينئذ.

(٧) لفرض أن وجوب التسليم بالنسبة إلى من لم يشترط التأخير فوري فيشمله ما دل على وجوب التسليم بلا مزاحم ومعارض وبالنسبة إلى من اشترط التأخير ليس بفوري بل اشترطا على تأخيره والتزما به فلا حق له للامتناع بعد الالتزام بذلك.

(٨) للأصل، والإجماع، وتسلطه على جميع ما يتعلق بماله فله أن يستثنى كلما شاء وأراد، ولا ينافي ذلك وجوب القبض بالنسبة إلى المبيع، وكذا يجوز ذلك للمشتري بالنسبة إلى الثمن إذا كانت له منافع قابلة للاستثناء مع تسليم العين إلى البائع.

(مسألة ٤): القبض في العقود مطلقا بيعا كان أو غيره، سواء كان واجبا شرعيا أو التزاما بنائيا أو كان شرطا للصحة كالصرف بالنسبة إلى العوضين والسلف بالنسبة إلى الثمن، والهبة والرهن ـ يرجع فيه إلى لمتعارف وكلما حكم العرف بأنه قبض يثبت بذلك شرعا وما لم يحكم لا يثبت (٩) فإذا رفع البائع يده عن المبيع فيما لا ينتقل ـ كالدار والعقار ـ وأذن للمشتري في الدخول فيها ورفع المنافيات عن ذلك يتحقق القبض به (١٠)، وكذا في المنقول مع تحقق التخلية العرفية واستيلاء الطرف عليه

---

(٩) لأنه لم يرد فيه تحديد شرعي فالمرجع العرف، كما هو كذلك في جميع موضوعات الأحكام التي لم يرد فيها التحديد الشرعي، وكل ما ورد عن الفقهاء في تعريفه ليس تعريفا تعبديا بل كلها من قبيل تعريف الكلي بالفرد ولا ريب في اختلاف ذلك باختلاف الموارد والأشياء والجامع بين الجميع هو التخلية واستيلاء الطرف عليه وهو المستفاد من خبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته»[1] وهو أيضاً ليس أمرا تعبديا بل إرشاد إلى المركوز في الأذهان والظاهر أن القبض في جميع موارد اعتباره له معنى واحد ما لم يدل دليل خاص على تحديده بحد خاص.

ولا ريب في ان القبض والإقباض من الأمور المتضايفة قوة وفعلا بحسب جميع المراتب المتصورة فيهما، فالتخلية من حيث المعنى الفاعلي قائمة بالبائع مثلا ومن حيث المعنى المفعولي بالمشتري وأصل القبض هو الإمساك وهو من الأمور الإضافية إذا كان بين شخصين أيضاً فكلما حكم العرف بتحققه فيه يترتب عليه الحكم شرعا وما يشك العرف في تحققه به لا يترتب عليه الحكم فضلا عما إذا حكم بالعدم.

(١٠) لحكم أهل العرف وأهل الخبرة بأنه قبض فيترتب عليه الأحكام

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الخيار.

كاستيلائه على سائر أمواله (١١).

الشرعية المترتبة عليه قهرا فخلاصة معنى القبض في جميع موارد اعتباره: عبارة عن تحويل السلطة العرفية ونقلها إلى من انتقل إليه المال.

(١١) لأن القبض له مراتب كثيرة عرفا ومقتضى الإطلاقات كفاية أول مراتبه مع الصدق العرفي والمتعارف يكتفون بتحقق الاستيلاء عليه ويسمونه قبضا مع رفع البائع يده وسلطنته عنه فالمال الذي وقعت عليه المعاوضة أما داخل تحت سلطة المنتقل عنه أو لا سلطة لأحد عليه أو داخل تحت سلطة المنتقل إليه والأولان مفروضا الانتفاء فيتعين الأخير.

وأما ما اشتهر من أن القبض في المكيل والموزون كيله ووزنه حتى جعل ذلك قبضا تعبديا فلا أصل له ولا بد من التعرض للأخبار التي استدلوا بها لذلك حتى يتبين الحال روى ابن وهب في صحيحه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه فقال عليه السلام: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه الذي قام عليه»[١] وعنه عليه السلام أيضاً في صحيح ابن حازم: «إذا اشتريت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه ـ الحديث ـ»[٢]

وفي صحيح ابن جعفر عن أخيه عليه السلام: «الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال عليه السلام: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان يوليه فلا بأس، وسألته عن الرجل يشتري الطعام أ يحل له أن يولى منه قبل أن يقبضه؟ قال عليه السلام: إذا لم يربح عليه شيئا فلا بأس فإن ربح فلا يبيع حتى يقبضه»[٣] وعن أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثمَّ باعه قبل أن يكيله،

---

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود حديث: ١١.
(٢) و (٣) الوسائل باب: ١٦ من أحكام العقود حديث: ١ و ٩.

قال عليه السلام: لا يعجبني ان يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه إلا أن يوليه - الحديث - »[١]

والتولية عبارة عن بيع الشيء مساويا مع ما اشتراه بلا زيادة ولا نقيصة، كما أن المرابحة بيعه مع الزيادة عليه، والمواضعة بيعه مع النقيصة منه هذا كله مع الإخبار برأس المال وأما بيعه مع عدم الإخبار به يسمى مساومة سواء زاد على ما اشتراه أو نقص عنه أو ساواه.

والبحث في هذه الأخبار من جهتين.

الأولى: أن بيع الشيء قبل قبضه هل يحرم أو يجوز؟ يأتي في بعض المسائل الآتية إن شاء الله تعالى الجواز مع الكراهة.

الثانية: هل يستفاد منها أن الكيل والوزن قبض تعبدي أولا وهذه هي الجهة المربوطة بالبحث في المقام.

والحق أن يقال: أن الكيل والوزن في المقام فيهما احتمالان.

الأول: أن يكون لهما موضوعية خاصة في القبض ولو لم يتحقق القبض خارجا ولم يكونا بعنوان التسليم والتسلم.

الثاني: أن يقعا من حيث المقدمية الملازمة عرفا للتسليم والتسلم عرفا كما هو كذلك في المكيل والموزون والعرف يشهد بإرادة الاحتمال الثاني دون الأول، فيصير الكيل والوزن حينئذ مثل العد في المعدودات والذرع في المذروعات من المقدمات العرفية للتسليم والتسلم والقبض فلا منافاة بين هذه الأخبار وما يشهد به العرف والاعتبار في معنى القبض.

ان قيل: فعلى هذا لا فرق في ذلك بين أقسام البيوع ويصير استثناء بيع التولية لغوا.

يقال: حيث ان بيع التولية كأنه ليس بيعا جديدا بل كأنه هو عين البيع الأول إلا أن المشتري الأول يولّى المشتري الثاني لقبض ما باعه البائع الثاني

---

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود حديث :١٦.

(مسألة ٥): لو تشاحا في البدأة بالتسليم بعد بنائهما على أصله وعدم الامتناع عنه يقدم قول البائع [١٢].

(مسألة ٦): لو امتنعا عن القبض ـ أو أحدهما ـ وقبض الممتنع بدون رضا صاحبه لم يصح القبض [١٣].

(مسألة ٧): وجوب التسليم وجوب نفسي مطلق يعم كلا من المتعاوضين في عرض واحد [١٤]، وكذا وجوب تفريغ البائع المبيع من أمواله، والمشتري الثمن كذلك أيضاً إن كان عينا مشغولا بأمواله [١٥] فلو قصرا أو أحدهما في التفريغ وكان للبقاء أجرة وجب دفعها [١٦] بل وكذا

والمفروض تحقق الكيل والوزن مقدمة للقبض في البيع الأول فيولي البائع الثاني المشتري الثاني لمباشرة القبض ولا محذور حينئذ. وأما سائر أقسام البيع فبيع مستقل لا يكفي فيه ذلك.

وبعبارة أخرى: بيع التولية يصير من صغريات إخبار البائع بالكيل والوزن واعتماد المشتري عليه ولو حصل هذا المناط يجوز في سائر أقسام البيوع من هذه الجهة ولو لم يكن بيع التولية.

(١٢) لأن مقتضى المتعارف بدأة البائع بالتسليم إلا مع القرينة على الخلاف.

(١٣) لأن صحته متقومة بأحد أمرين.

إما إقباض ما في يده لصاحبه فله حينئذ قبض ما في يد صاحبه مقاصة.

وأما اذن صاحبه في القبض سواء أقبض ما عنده أم لا والمفروض انتفاء كل منهما فلا يجوز.

(١٤) لمكان التزامهما المعاوضي الحاصل بينهما.

(١٥) لأن هذا التفريغ من فروع أصل التسليم فيدل عليه ما يدل على أصل وجوب التسليم وهو أيضاً واجب مطلق نفسي كما في أصل وجوب التسليم.

(١٦) لتحقق استيفاء المنفعة من مال الغير بغير وجه شرعي.

لو لم يقصرا في وجه مطابق للاحتياط (١٧).

نعم، لا أجرة في مورد العذر المقبول.

(مسألة ٨): لو تلف المبيع قبل تسليمه إلى المشتري كان من مال البائع (١٨).

---

(١٧) لأصالة احترام مال الغير.

(١٨) هذه هي القاعدة المعروفة «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» والبحث فيها من جهات.

الأولى: في مدركها ويدل عليها مضافا إلى الإجماع النبوي المعروف: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»[١] وخبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى متاعا من رجل وأوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال: آتيك غدا إن شاء الله فسرق المتاع من الرجل من مال من يكون؟ قال عليه السلام: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه»[٢] ويمكن إقامة وجه عرفي له أيضاً.

بدعوى: أن أساس المعاوضات يدور مدار التسليط الفعلي للطرفين على العوضين فمع عدمه لا معنى لاعتبار المعاوضة حينئذ.

الثانية: معنى كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع وقوع نقصان في ماله لا لزوم غرامة عليه، لأن المعاوضة بالتلف قبل القبض تنفسخ فيرجع كل عوض إلى مالكه الأصلي فيكون تلفه منه وهذا وجه موافق للعرف والاعتبار أيضاً، لما مر من قوام المعاوضة بالتسلط الفعلي من الطرفين على العوضين وهو الغاية المطلوبة من كل معاوضة وإن لم يكن ذلك شرطا في مطلق البيع لكن هو

---

(١) مستدرك الوسائل باب: ٩ من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الخيار.

الغرض الأهم من المعاوضة كما لا يخفى، ومع ذهاب موضوع هذا التسلط بالتلف ينعدم موضوع المعاوضة، ويشير إلى ما قلناه التعبير في الحديث بقوله صلى الله عليه وآله: «فهو من مال بائعه» فإن المنساق منه ان المال مال البائع فلو كان غرامة لعبّر بقول: «فهو على بائعه».

الثالثة: مثل التلف تعذر الوصول إليه عند متعارف الناس لحكم العرف انه كالتلف وقد تقدم في خبر عقبة ذكر «السرقة» وهو من باب المثال لكل ما تعذر الوصول إليه.

الرابعة: هذا الضمان ليس قابلا للإسقاط أما بناء على انه حكم شرعي فلا ريب فيه، لعدم قابلية الحكم للإسقاط وعدم كونه تحت اختيار المكلف وأما بناء على كونه من تبعات البناء المعاوضي فكذلك أيضاً لأن الإسقاط يرجع إلى اشتراط عدم الانفساخ بنحو شرط النتيجة والانفساخ ليس بحق فيما ليس فيه خيار حتى يؤثر عدمه بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة فلا موضوع للإسقاط مطلقا.

ان قيل: ان تعذر التسليم يوجب الخيار فيتحقق موضوع الإسقاط حينئذ فيه دون التلف.

يقال: نعم لو لا ظهور النص والإجماع على الانفساخ وقد مر في خبر عقبة فراجع.

الخامسة: المراد بالقبض في هذه القاعدة ليس خصوص القبض الشرعي المتوقف على اذن البائع وكونه جامعا للشرائط الشرعية بل المراد القبض الحقيقي العرفي واستيلاء المشتري على ما اشتراه والمفروض تحققه ولو بدون اذن البائع.

وبعبارة أخرى: اذن البائع في القبض واجب شرعي مستقل بالنسبة إلى هذا الأثر لا أن يكون قيدا في حقيقته فمقتضى الأصل عدم انفساخ العقد وبقاؤه على ما كان عليه، كما ان مقتضاه بقاء ملكية المشتري لما اشتراه وهذا هو

المتيقن من الإجماع والمنساق من النص كما لا يخفى: فلو أخذ المشتري المبيع بدون رضا البائع وتلف عند المشتري لا تشمله هذه القاعدة.

السادسة: لو تسامح المشتري في القبض مع بذل البائع المبيع يكفي التخلية والعزل في رفع هذا الضمان فيصح البيع ولا يحصل الانفساخ ويكون التلف من مال المشتري لا البائع لتحقق القبض. وبذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات فراجع وتأمل.

السابعة: لو أتلفه المشتري عن علم وعمد فهو كالقبض فيكون التلف من ماله لا من مال البائع، وأما ان كان مع الجهل فمقتضى الأصل عدم تحقق القبض، ولكن لا يجري عليه حكم التلف قبل القبض، لفرض أنه إتلاف وليس بتلف فإما أن يكون ذلك بواسطة البائع أو الأجنبي فإن كان من البائع فمقتضى الأصل عدم انفساخ العقد وبقاء المعاوضة على ما كانت عليها ويكون من تعذر التسليم عرفا ويجري عليه حكمه فيثبت للمشتري الخيار، وأما جريان حكم التلف عليه فينفسخ البيع كما في صورة التلف السماوي، أو تخير المشتري بين مطالبة الثمن والرجوع إلى القيمة فلا ذليل عليه خصوصا الأول ويمكن إرجاع الأخير إلى خيار تعذر التسليم.

وإن كان الإتلاف من الأجنبي فقد يستظهر الانفساخ فيه لما مر في خبر عقبة من ذكر سرقة المتاع ولكنه.

مخدوش إذ السارق غير معلوم فيجري عليه حكم التلف مع أن السرقة أخص من الإتلاف كما هو معلوم ويمكن اجراء حكم تعذر التسليم عليه أيضاً.

الثامنة: تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع في جميع ما مر، لظهور الإجماع وإمكان شمول النبوي وخبر عقبة له أيضاً من باب ذكر أحد العوضين وإرادة كل منهما في هذه القاعدة والقانون ومساعدة الاعتبار له أيضاً.

التاسعة: يظهر منهم الإجماع على جريان الحكم في سائر المعاوضات أيضاً فإن تمَّ والا فمقتضى الأصل عدم الانفساخ وعدم اللحوق بالبيع.

فيفسخ البيع ويعود الثمن إلى المشتري [١٩] و إذا حصل للمبيع نماء كالنتاج والثمرة كان ذلك للمشتري [٢٠] و إن تلف الأصل قبل قبضه عاد الثمن إليه وله النماء [٢١]، ولو تلف النماء من غير تفريط عند البائع لم يضمن [٢٢]، ولو تعيب قبل القبض يتخير المشتري بين الفسخ والإمضاء لكل الثمن [٢٣].

العاشر: لو تلف بعض المبيع قبل القبض وكان مما يقسّط عليه الثمن انفسخ البيع بالنسبة إليه، لإطلاق الدليل، وظهور الإجماع وإن كان مما لا يقسط عليه الثمن فيجري فيه خيار العيب والأحوط التراضي بالنسبة إلى الأرش.

(١٩) لما تقدم في الجهة الثانية فراجع.

(٢٠) لأنه تابع للملك والمفروض حصول الملك للمشتري من أول حدوث العقد وتحقق الانفساخ من حين التلف.

(٢١) جمعا بين قاعدتي تبعية النماء للملك، وان التلف قبل القبض من مال بائعه.

(٢٢) لأنه امانة في يده ولا معنى لتضمين الأمين.

نعم، يضمن مع التفريط ووجهه واضح هذا كله في النماء المنفصل وأما المتصل فهو للبائع بعد الانفساخ ولكن الظاهر اختلافه باختلاف الموارد، والاحتياط في التراضي بل في النماء المتصل الموجود حين العقد يضمن البائع وقد ادعى الجواهر القطع بالضمان.

(٢٣) أما أصل ثبوت الخيار فلظهور الإجماع، وقاعدة الضرر فله التخيير بين الرد والإمساك مجانا لذلك.

وتوهم اختصاص الخيار بما إذا كان ضمان البائع ضمان غرامة لا ضمان الانفساخ.

مدفوع: لظهور الإجماع على الخلاف. وأما أخذ الأرش فاختلفوا فيه بعد

و الأحوط التصالح بالنسبة إلى الأرش [٢٤].

(مسألة ٩): لو باع جملة فتلف بعضها انفسخ البيع بالنسبة إلى التالف وعاد إلى المشتري ما يخصه من الثمن [٢٥] و له فسخ العقد والرضا بالموجود بحصة من الثمن [٢٦].

(مسألة ١٠): إذا اختلط المبيع بغيره في يد البائع اختلاطا لا يتميز كان المشتري بالخيار إن شاء فسخ وإن شاء كان شريكا للبائع [٢٧].

(مسألة ١١): يجب على البائع مضافا إلى التسليم تفريغه عما كان فيه من أمتعته وغيرها حتى لو كان مشغولا بزرع آن وقت حصاده وجب إزالته

اتفاقهم على أصل خيار العيب ومنشأ الخلاف ان الأرش خلاف القاعدة وانما يثبت فيما إذا كان الضمان ضمان معاوضة لا ضمان الانفساخ كما في المقام فلا وجه لثبوته.

والجواب: انه بعد اختيار الأرش يكون الضمان من ضمان المعاوضة والغرامة وانما كان ضمان الانفساخ ما دام لم يبنيا على بقاء العقد والتعهد بلوازمه وأما بعد بقائه والتعهد بلوازمه فمقتضى الأصل بقاء الضمان المعاوضي بجميع لوازمه وملزوماته.

(٢٤) ظهر وجهه فيما مر.

(٢٥) لعموم القاعدة بالنسبة إلى جميع ما ينحل إليه البيع سواء كان من اجزائه أو جزئياته وما معه ولو لم يكن من الاجزاء والجزئيات.

(٢٦) لتبعض الصفقة بالنسبة إليه فيثبت له الخيار لا محالة.

(٢٧) لأن خصوصية تفرد المشتري بما اشتراه وعدم الشركة فيه غرض من الأغراض العقلائية التي تقع المعاملات مبنية عليها فهي من الشروط الضمنية التي يكون تخلفها موجبا للخيار، ويشهد لذلك العرف والعقلاء

و لو كانت له عروق تضره بالانتفاع كالقطن والذرة، أو كانت في الأرض حجارة مدفونة وجب عليه إزالتها و تسوية الأرض ولو كان فيها شيء لا يخرج إلا بتغير شيء من الأبنية وجب إخراجه وإصلاح ما انهدم [٢٨]، ولو كان فيه زرع لم يبلغ وقت حصاده فله إبقاؤه إلى أوانه من غير أجرة مع اطلاع المشتري عليه [٢٩] والأحوط التصالح.

(مسألة ١٢): لو باع شيئا فغصبه غاصب معلوم من يد البائع فإن أمكن استعادته في زمان لا يتضرر به المشتري فليس له الفسخ [٣٠]. وإلا كان له ذلك [٣١] و تلفه في هذه المدة وإن كثرت من مال البيع [٣٢] و أجرة

والاعتبار.

(٢٨) لظهور الإجماع على ذلك كله وعدم حدوث الاستيلاء التام من المشتري على ما انتقل إليه إلا بذلك فالقبض والتسليم شيء والتفريغ شيء آخر وكل واحد منهما واجب نفسي مستقل وليس التفريغ شرطا لصحة القبض فلو رضي المشتري بتسليمه مشغولا تمَّ القبض ويجب على البائع تفريغه بعد ذلك ويجوز للمشتري الامتناع عن القبض قبل التفريغ، وكذا الكلام فيما إذا كان الثمن عينا مشغولا بأمتعة المشتري.

(٢٩) لأنه مع علمه بذلك أقدم عليه باختياره فلا وجه لأخذ الأجرة بعد ذلك.

(٣٠) للأصل بعد عدم دليل عليه.

(٣١) لفوات الغرض المعاملي المبني عليه العقد وهو عدم سلطنته على ماله بل تضرره فيه.

(٣٢) لقاعدة ان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه وإطلاقها يشمل قصر المدة وطولها.

المدة لو كانت لها أجرة للمشتري (٣٣) و الأحوط التصالح (٣٤) و لو منع البائع من التسليم بغير حق ثمَّ سلمه بعد مدة كان للمشتري مطالبة الأجرة (٣٥).

(مسألة ١٣): لو اشترى شيئا ولم يقبضه فإن كان مما لا يكال ولا يوزن جاز بيعه قبل قبضه (٣٦).

---

(٣٣) لأن الأجرة كالنماء في كونه تابعا للملك.

(٣٤) لاحتمال الفرق بين الأجرة والنماء في هذه الجهة.

(٣٥) لأنه غاصب حينئذ فيؤخذ بعوض المنفعة التي فوتها على المشتري.

(٣٦) للأصل، وإطلاق أدلة الكتاب والسنة، وإجماع الفقهاء بقسميه كما في الجواهر، ونصوص خاصة ففي صحيح ابن حزم عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا اشتريت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه»(١) وفي صحيح الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم اشتروا بزا، فاشتركوا فيه جميعا ولم يقسموه، أ يصلح لأحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه؟ قال عليه السّلام: لا بأس به، وقال ان هذا ليس بمنزلة الطعام ان الطعام يكال»(٢) وفي صحيح منصور قال: «سألت أبا عبدِ الله عليه السلام عن رجل اشترى بيعا ليس فيه كيل ولا وزن إله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه؟

فقال عليه السلام: لا بأس بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن فإن هو قبضه فهو إبراء لنفسه»(٣) إلى غير ذلك من الأخبار، مع موافقة الجواز للعرف والاعتبار أيضاً، إذ لا يتصور وجه يصلح للمنع.

وعن جمع الكراهة، لإطلاق النبوي: «لا تبعه حتى تقبضه»(٤)

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود حديث: ١ و ١٠.

(٣) الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود حديث :١٨.

(٤) الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود حديث :٢١.

و كذا إذا كان منهما وباع تولية (٣٧). بل وكذا إذا باع بالمرابحة أيضاً (٣٨).

وفيه. أولا: انه في المكيل والموزون ولم يثبت حديث مطلقا عن نهي البيع مطلقا عما لا يقبض حتى في غير المكيل والموزون كما اعترف به في الروضة.

(٣٧) للأصل، وإطلاق أدلة الكتاب والسنة، والإجماع، ونصوص خاصة منها صحيح ابن وهب[١] قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه فقال عليه السلام: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه الذي قام عليه» ومنها ما تقدم من صحيح ابن حازم وغيرهما من الأخبار هذا، ولكن يظهر عن بعض إطلاق الكراهة حتى في هذه الصورة كراهة خفيفة.

(٣٨) البحث في هذه ال(مسألة من جهات.

الأولى: عنوان ال(مسألة في جملة من الكلمات كما ذكرناه في صدر ال(مسألة غير مقيد بالمكيل والموزون ولكن أكثر الروايات مشتملة عليهما ولا ريب في ان العنوان الأعم الوارد في كلمات الفقهاء انما هو لأجل ترتب الفروع الذي تعرضوا بعد ذلك عليه كما يظهر من الشرائع وغيره.

الثانية: النهي الوارد في المعاملات أقسام أربعة: فأما أن يكون للحرمة التكليفية، أو للإرشاد إلى الفساد، أو للكراهة التكليفية، أو للإرشاد إلى الابتلاء

بحزازة ومتعبة ينبغي للعاقل المجرب لتحرز عنه ولا تستفاد الكراهة منه حينئذ هذا بناء على أن الحرمة التكليفية في المعاملات لا تكون إرشادا إلى الفساد إلا ما خرج بالدليل وأما بناء عليه فتصير الأقسام ثلاثة كما لا يخفى، ولا بأس بالقول بأن الحرمة التكليفية فيها إرشاد إلى الفساد مع عدم القرينة على الخلاف.

وفي المقام يمكن أن يقال: ان في بيع المكيل والموزون قبل القبض معرضية للانفساخ ومنشأية للخصومة واللجاج فنهى عنه من هذه الجهة فمعنى

---

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود حديث :٢.

النهي على هذا أن هذا العمل خلاف عمل العاقل المجرب في المعاملة وهذا القسم من النهي كثير في الشريعة في قسم الآداب كما لا يخفى على من راجعها.

الثالثة: لو كنا نحن وهذه الأخبار الواردة في المقام لا نستفيد منها الحرمة والبطلان بعد رد بعضها إلى بعض، لأن في جملة منها: «لا يصلح» أو«لم يصلح»[١] وهذه الكلمة إما ظاهرة في الكراهة أو مجملة وعلى أي حال يوجب سقوط ظهور البقية في الحرمة والبطلان مع ان في بعضها: «لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن» كما تقدم في صحيح منصور فيدل بالمفهوم على ثبوت البأس فيهما. والبأس أيضاً أعم من الحرمة والكراهة.

الرابعة: قال أبو جعفرعليه السلام في صحيح ابن مسلم في البيع قبل القبض: «ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه»[٢] وقال الصادقعليه السلام في صحيح ابن حازم في مفروض المسألة: «لا بأس بذلك انما البيع بعد ما يشتريه»[٣] فجعلاعليهما السلام صحة البيع دائرة مدار حصول الملكية وهما صحيحان معللان وقد ثبت في محله ان المعلل مقدم على كل عام ومطلق.

الخامسة: يشهد للجواز بلا كراهة فضلا عن الحرمة صحيح ابن حازم: «فإن هو قبضه فهو أبرء لنفسه»[٤] وإطلاق قول الصادقعليه السلام في صحيح الحلبي: «عن الرجل يشتري الثمرة ثمَّ يبيعها قبل أن يأخذها قالعليه السلام: لا بأس به إن وجد بها ربحا فليبع»[٥] فإن إطلاق الثمرة يشمل الموضوعة على الأرض ولا يختص بخصوص ما على الشجرة ويشهد له أيضاً خبر المدائني قال: «سألت أبا عبد اللهعليه السلام عن القوم يدخلون السفينة يشترون الطعام فيتساومون بها ثمَّ يشتريه رجل منهم فيسألونه فيعطيهم ما يريدون من الطعام فيكون صاحب الطعام هو

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب العقود حديث: ٥ و٩ و١٣ و٢٢.
(٢) و (٣) الوسائل باب: ٨ من أبواب أحكام العقود حديث: ٨ و٦.
(٤) و (٥) الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود حديث: ١٨ و٥.

الذي يدفعه إليهم ويقبض الثمن قال عليه السلام: لا بأس ما أراهم إلا شركوه»[١] فمن مجموع هذه الأخبار بعد التأمل في الجميع يستفاد ان الحكم ليس إلزاميا بل ولا تنزيهيا بل إرشاد محض إلى عدم الوقوع فيما لا يتوقع ويشهد له أيضاً استثناء بيع التولية في المكيل والموزون قبل القبض ـ كما تقدم ـ لأنه لا يتصور وجه لعدم الصحة والحرمة في غيرها والصحة والجواز فيها.

نعم، حيث انه يعين فيها العوض المسمى فهي ليست مبنية على المداقة فيكون الوقوع فيما لا يتوقع فيها قليلا أو معدوما، ويشهد له أيضاً ما ورد في جواز بيع السلم بعد حلوله وقبل قبضه[٢] بناء على اتحاده مع المقام كما اعترف به الشهيد في الروضة والمسالك.

ثمَّ انه ربما يمكن أن يجمع بين نصوص الباب بوجوه أخر.

الأول: القول بالحرمة والبطلان في المكيل والموزون والجواز مع الكراهة في غيرهما وبه يجمع بين الأخبار.

الثاني: القول بالجواز في التولية مطلقا للتنصيص على الجواز فيها كما تقدم والقول بالمنع في غيرها حملا للأخبار المانعة على غير التولية والمجوزة عليها بقرينة الأخبار المشتملة على استثناء التولية.

الثالث: القول بالجواز مع الكراهة في الجميع حتى في المكيل والموزون والتولية في غير المكيل والموزون لكن مع شدة الكراهة في المكيل والموزون وخفتها في البقية خصوصا التولية.

الرابع: طرح الأخبار الدالة على الجواز، لقصور سندها كما نسب إلى الشهيد.

أقول: هذه الوجوه من الجمع ثبوتا لا اشكال فيها لأنها عرفية وشائعة في الفقه لكن إثباتا لا شاهد لها، لما مر من حمل النهي فيها على الإرشاد إلى عدم

---

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود حديث :٧.
(٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب السلف.

الوقوع فيما لا يتوقع، وأما طرح الأخبار الدالة على الجواز فلا وجه له بعد كثرتها واعتضادها بالعمومات والإطلاقات وعمل الأصحاب، لأنهم اعتمدوا عليها واختلفوا في كيفية حملها.

الخامسة من جهات البحث: أن ما تقدم في الجهة السابقة انما هو مع ملاحظة الأخبار من حيث هي مع قطع النظر عن الكلمات والأقوال وأما الأقوال فقد أنهاها بعضهم إلى ستة.

الأول: القول بالمنع مطلقا حتى في غير المكيل والموزون حكاه في التذكرة عن بعض علمائنا، وعن الشيخ في المبسوط اختياره في باب السلم.

الثاني: الكراهة مطلقا.

الثالث: التفصيل بين المكيل والموزون، فيكره فيهما دون غيرهما.

الرابع: التفصيل بين الطعام فيحرم وغيره فلا يحرم.

الخامس: التفصيل بين الطعام فيكره وبين غيره فلا يكره.

السادس: التفصيل في خصوص الطعام بين التولية فيكره وغيرها فيحرم ويكره في غير الطعام من المكيل والموزون. هذه أقوالهم التي ذكرها العلامة في التذكرة.

وأما الإجماعات المدعاة في المقام فعن الشيخ رحمه الله في المبسوط والخلاف الإجماع على عدم الجواز في الطعام وهو موهون بمصير جمع ممن تقدمه ومعظم من تأخره إلى الخلاف بل هو وبنفسه اختار في نهايته الكراهة فكيف يعتمد عليه، وعن التنقيح الإجماع على عدم جواز بيع السلم على من هو عليه قبل القبض، وعن المبسوط على المنع، وعن التحرير والدروس الإجماع على الجواز في غير المكيل والموزون ونسب في التذكرة المنع إلى جماعة منا.

أقول: كيف يعتمد على هذه الإجماعات غير الصحيحة المتهافتة.

إذا تبين ما ذكرناه.

فنقول: أما الجواز وهو المشهور بين المتأخرين فللأصل وإطلاقات الأدلة كتابا وسنة.

لكنه مكروه [٣٩] هذا إذا باعه على غير البائع. وأما إذا باعه عليه فلا اشكال ولا كراهة في البين [٤٠]، كما لا اشكال فيما إذا ملك شيئا بغير الشراء

وأما الكراهة فللأخبار الخاصة الواردة في المقام وهي على أقسام.

الأول: ما هو ظاهر في عدم الجوز مثل ما تقدم من صحيح ابن حازم وغيره.

الثاني: ما هو ظاهر في الجواز كخبر الكرخي عن الصادقعليه السلام: «اشترى الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار بعد ما اشتريته قبل ان أقبضه؟ قالعليه السلام: لا بأس أن تبيع إلى أجل اشتريت، وليس لك أن تدفع قبل أن تقبض قلت: فإذا قبضته ـ جعلت فداك ـ فلي أن أدفعه بكيله؟ قالعليه السلام: «لا بأس بذلك إذا رضوا»[١] وزاد في الفقيه فيما روى عنه: «قلت اشترى الطعام من الرجل ثمَّ أبيعه من رجل آخر قبل أن أكتاله فأقول أبعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته قالعليه السلام: لا بأس»[٢] وخبر ابن دراج عنهعليه السلام: «في الرجل يشتري الطعام ثمَّ يبيعه قبل أن يقبضه قال عليه السّلام لا بأس ويوكل الرجل المشتري منه بقبضه وكيله قالعليه السلام لا بأس»[٣]

الثالث: ما هو ظاهر في الكراهة كخبر أبي بصير عنهعليه السلام أيضاً: «عن رجل اشترى طعاما ثمَّ باعه قبل أن يكيله قالعليه السلام: لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه»[٤] وفي صحيح الحلبي التعبير بـ«لا يصلح»[٥] وهو ظاهر في الكراهة أيضاً فيحمل القسم الأول على الكراهة جمعا، مع انه لا يتصور وجه صحيح للحرمة بعد معلومية الكيل أو الوزن للطرفين ومع عدمه فالبيع باطل مطلقا ولا اختصاص له بالمكيل والموزون.

(٣٩) لما مر من استفادتها من مجموع الأخبار بعد رد بعضها إلى بعض.

(٤٠) للاقتصار في الحكم المخالف للأصل على منصرف النصوص.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٣) و(٤) و (٥) الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود.

كالميراث، والصداق، والخلع ـ فيجوز بيعه قبل قبضه بلا ريب فيه حرمة أو كراهة [٤١] كما انه يختص ذلك بخصوص البيع فلا محذور في جعله صداقا أو أجرة أو غير ذلك، وكذا يختص الحكم بالمبيع فلا يجري في الثمن [٤٢].

(مسألة ١٤): لو كان له على غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر لا بأس بذلك [٤٣].

(مسألة ١٥): مع تعيين الثمن يتعين ومع عدمه فهو النقد الغالب [٤٤].

---

(٤١) للأصل والإطلاق بعد ظهور النصوص الخاصة بخصوص البيع.

(٤٢) للأصل اللفظي والعملي في ذلك كله بلا دليل على الخلاف.

(٤٣) للإطلاقات والعمومات وعدم شمول ما دل على النهي عن بيع ما لم يقبض حرمة أو كراهة للمقام، إذ المنساق منها عرفا إحداث البيع على ما اشتراه قبل قبضه لا الأعم منه ومن إقرار البيع السابق على ما لم يقبضه خصوصا بملاحظة التفصيل بين المرابحة والتولية فإن شيئا منهما لا يتصور إلا في أحداث المعاملة على ما لم يقبض، فما عن المحقق في الشرائع من كونه من أفراد بيع ما لم يقبض.

مخدوش، لأنه خلاف الظاهر عند العرف الذي هو المرجع في تشخيص هذه الأمور. هذا مع إطلاق خبر عبد الرحمن قال: «سألته عن رجل عليه كر من طعام فاشترى كرا من رجل وقال للرجل: انطلق فاستوف حقك قال عليه السلام لا بأس به» [١].

(٤٤) لبناء العرف والعقلاء على ذلك، مضافا إلى إجماع الفقهاء، وانصراف الإطلاق إلى الغالب.

---

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(مسألة ١٦): لو ادعى البائع زيادة الثمن والمشتري عدمها يقدم قول البائع مع يمينه إن كان المبيع باقيا، وقول المشتري مع يمينه إن كان تالفا[٤٥] سواء كان الثمن كليا في الذمة أو شخصيا خارجيا[٤٦].

(مسألة ١٧): لو ادعى أحدهما ان البيع نقد وقال الآخر انه نسيئة يقدم قول من يدعى انه نقد مع يمينه[٤٧].

---

(٤٥) لخبر البزنطي ـ المشهور عملا ونقلا وضبطا في كتب الحديث ـ عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري: هو بكذا وكذا بأقل مما قال البائع فقال عليه السلام: القول قول البائع مع يمينه إذا كان الشيء قائما بعينه»[١]، فهو منطوقا ومفهوما يدل على الحكم المذكور، ويشهد له الاعتبار أيضاً لأنه مع بقاء الشيء يكون بمعرض من أهل الخبرة فيراعى البائع في دعواه مطابقة الواقع مهما أمكنه. وأما مع تلفه فهذه الجهة مفقودة بالنسبة إليه فتجري أصالة عدم الزيادة بالنسبة إلى ما يقوله المشتري فيقدم قوله مع يمينه ولا فرق بين تقرير الدعوى بنحو المدعى والمنكر أو بنحو التداعي لأن إطلاق الخبر شامل لكل منهما.

(٤٦) لإطلاق الحديث الشامل لكل منهما.

(٤٧) لأصالة عدم ذكر الأجل، والأحوط التصالح والتراضي لاحتمال كون المورد من التداعي ويأتي في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى جملة من الفروع المتعلقة بالمقام.

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب أحكام العقود.

فصل في الربا

وهو حرام [١]، ومن الكبائر العظام [٢].

فصل في الربا

(١) بالكتاب المبين، قال الله تعالى ﴿أَحَلَّ اَللّٰهُ اَلْبَيْعَ وَ حَرَّمَ اَلرِّبٰا﴾[١] وقال تعالى: ﴿يٰا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا لاٰ تَأْكُلُوا اَلرِّبَوا أَضْعٰافاً مُضٰاعَفَةً﴾[٢]. وبنصوص متواترة تأتي الإشارة إليها، وبإجماع المسلمين بل الضرورة من الدين.

(٢) لذكره بالخصوص في ما ورد من النصوص في تعداد الكبائر، ففي صحيح ابن محبوب: «كتب بعض أصحابنا إلى أبي الحسن عليه السلام يسأله عن الكبائر كم هي؟ وما هي؟ فكتب عليه السلام: الكبائر من اجتنب ما وعد الله عليه كفر عنه سيئاته إذا كان مؤمنا، والسبع الموجبات: قتل النفس الحرام، وعقوق الوالدين، وأكل الربا ـ الحديث ـ »[٣] ونحوه صحيح عبيد بن زرارة[٤] وصحيح محمد بن

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥ وراجع ما يتعلق بالآية المباركة في ج: ٤ من مواهب الرحمن في تفسير القرآن

(٢) سورة آل عمران: ١٣٠ وراجع ما يتعلق بالآية المباركة في ج: ٦ من مواهب الرحمن في تفسير القرآن

(٣) و (٤) الوسائل باب: ٤٦ من أبواب جهاد النفس حديث: ١ و ٤.

(مسألة ١): كما يحرم أخذ الربا يحرم دفعه وكتابته، والشهادة عليه [٣].

ولا فرق في الحرمة والفساد بين حالة الاختيار والاضطرار [٤].

نعم، لو وصلت الضرورة إلى حدّ جواز أكل مال الغير صح الأكل مع التضمين [٥].

مسلم[١] وخبر مسعدة بن صدقة[٢] وغيرها من الأخبار. وقد ورد فيه إنه أشدّ عند الله من عشرين زنية[٣] بل ثلاثين[٤] بل سبعين[٥] كلها بذات محرم في بيت الله الحرام. ويمكن حمل اختلاف الأخبار على اختلاف الحالات والأشخاص والأوقات والكيفيات.

(٣) ففي صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفرعليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السّلام: آكل الربا، وموكله وكاتبه وشاهداه فيه سواء»[٦] وفي خبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي صلّى الله عليه وآله: «إنه نهى عن أكل الربا، وشهادة الزور، وكتابة الربا، وقال صلّى الله عليه وآله: إن الله لعن آكل الربا، وموكله وكاتبه وشاهديه»[٧] وعن علي عليه السلام: «لعن رسول الله صلّى الله عليه وآله في الربا خمسة: آكله، وموكله، وشاهديه، وكاتبه»[٨]

(٤) للإطلاقات الآبية عن التقييد، وإن مال الغير لا يحل بالضرورة والاضطرار، وإن الاضطرار لا أثر له في الأحكام الوضعية وقد يجعل ذلك من القواعد المعتبرة.

(٥) لشمول قوله عليه السلام: «ما من شيء حرّمه الله إلا وقد أحله لمن اضطر إليه»[٩] ولكن هذا الاضطرار لا يوجب الإباحة بلا عوض، فيباح مع التضمين

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٤٦ من أبواب جهاد النفس حديث: ٦ و١٣.

(٣) و (٤) و (٥) الوسائل باب: ١ من أبواب الربا ـ كتاب البيع ـ حديث: ٦ و٥ و١.

(٦) و (٧) و (٨) الوسائل باب: ٤ من أبواب الربا حديث: ١ و٣ و٤.

(٩) الوسائل باب: ١٢ من أبواب الأيمان حديث :١٨.

(مسألة ٢): الربا قسمان: إما معاملي، أو قرضي (٦)**. والأول هو بيع أحد المثلين بالآخر مع الزيادة العينية** (٧)**. كبيع كيلو من الحنطة بكيلوين**

وبذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات فراجع وتأمل.

(٦) هذا الحصر استقرائي مطابق للأصل والإجماع، وظواهر الأدلة التي يأتي التعرض لها إن شاء الله تعالى.

(٧) البحث فيه من جهات.

الجهة الأولى: في أصل الحرمة، ويدل عليها الإجماع، والنصوص المستفيضة بل المتواترة منطوقا ومفهوما منها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله: «الفضة بالفضة مثلا بمثل، والذهب بالذهب مثلا بمثل ليس فيه زيادة ولا نقصان، الزائد والمستزيد في النار»[١] ومنها صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله: «كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد»[٢] ومفهوم قوله عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم: «إذا اختلف الشيئان فلا بأس به مثلين بمثل يدا بيد»[٣] إلى غير ذلك من الأخبار التي يأتي التعرض لها إن شاء الله تعالى.

الجهة الثانية: هل الزيادة تختص بالعينية فقط، أو تشتمل مطلقها ـ ولو كانت منفعة أو انتفاعا. وكل ما فيه غرض عقلائي ـ كاشتراط الصلاة في أول الزوال ومراعاة النظافة في البدن واللباس في تمام الأحوال إلى غير ذلك من اشتراط الأغراض؟ والكلام فيه.

تارة: بحسب الأصل.

وأخرى: بحسب الأخبار.

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الصرف ـ كتاب التجارة ـ حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب الربا حديث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ١٣ من أبواب الربا حديث: ١.

و ثالثة: بحسب الكلمات.

أما الأولى: فال(مسألة من صغريات الشك في أصل التكليف، فالربا بالنسبة إلى الزيادة العينية وما فيه المالية مسلم وبالنسبة إلى غيرها مشكوك فيه فيرجع فيها إلى البراءة في الحكم التكليفي والوضعي وحينئذ يكون المرجع هو إطلاقات أدلة البيع من الكتاب والسنة بعد الشك في أصل شمول أدلة الربا لغير الزيادة العينية وما فيه مالية، فمقتضى الأصل اللفظي والعملي عدم الحرمة.

وأما الثانية: فقد ادعى أن المنساق من الأخبار إنه يعتبر في صحة المعاملة مع اتحاد الجنس المثلية، والزيادة مطلقا يخرجها عن المثلية.

وفيه: إنه أصل الدعوى وعين المدعى، بل لنا أن نقول إن المنساق منها الزيادة العينية دون مطلقها، فان المنساق من قولهم عليهم السلام: «الزائد والمستزيد في النار» الزيادة العينية وغيرها يحتاج إلى إعمال العناية، وعلى فرض الشمول للزيادة الحكمية، فالمتيقن منها ما كانت لها مالية عرفية لا ما ليس لها مالية أبدا بل ليس فيه إلا الغرض العقلائي. وأما خبر ابن الحجاج ـ الوارد في الربا القرضي التي هي أضيق دائرة من الربا المعاملي ـ «سألته عن الرجل كانت لي مائة درهم عددا قضانيها مائة وزنا. قال عليه السلام: لا بأس ما لم يشترط، وقال عليه السلام: جاء الربا من قبل الشروط إنما يفسده الشروط»[1]

ففيه. **أولا**: إنه في الربا القرضي دون المعاملي.

وثانيا: المتبادر من الشرط ما كانت فيه مالية متعارفة كالأعيان والمنافع دون ما لم يكن كذلك وإن كان فيه غرض عقلائي.

وأما الأخير فادعى الاتفاق على أن اشتراط مطلق الزيادة من الربا المعاملي.

وفيه. **أولا**: إن المتيقن منه على فرض ثبوته الزيادة المالية.

وثانيا: عدم ثبوته لمخالفة الأردبيلي وابن إدريس والمحقق الثاني، مع

---

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب الصرف حديث :١.

معلومية مدرك مثل هذه الإجماعات، كما لا يخفى على أهله. ولكن الاحتياط طريق النجاة في التحرز عن كل ما فيه غرض صحيح عقلائي.

الجهة الثالثة: الوجوه المحتملة في بطلان المعاملة الربوية ثلاثة.

الأول: البطلان مطلقا حتى بالنسبة إلى ما عدى الزيادة.

الثاني: الصحة بالنسبة إلى ما عدى الزيادة مطلقا، سواء كانت الزيادة بعنوان الجزء أو الشرط.

الثالث: البطلان مطلقا إذا كانت بعنوان الجزئية والصحة إذا كانت بعنوان الشرط في ما عدى الزيادة، وقال بكل ذلك قائل. والبحث في هذه المسألة.

تارة: بحسب الإطلاقات والعمومات.

وثالثة: بحسب الأدلة الخاصة.

ورابعة: بحسب الكلمات.

أما الأولى: فمقتضى إطلاقات الكتاب والسنة وعموماتها الصحة مطلقا إلا في خصوص الزيادة، ولا يصح التمسك للبطلان المطلق بإطلاق أدلة الربا، لما ثبت في محله من أن المخصص إذا كان منفصلا ومرددا بين الأقل والأكثر لا يسري إجماله إلى العام بل يجوز التمسك به بلا كلام. وكذا مقتضى الأصل العملي البراءة العقلية والنقلية عن الحرمة بالنسبة إلى غير الزيادة.

وأما الأدلة الخاصة فاستدل على بطلان أصل المعاوضة مطلقا بوجوه.

الأول: إن الربا إنما هو البيع المشتمل على الربا فيتوجه النهي إلى نفس البيع مطلقا.

الثاني: الزيادة غير متميزة في المجموع فلا بد من البطلان في الجميع.

الثالث: الزيادة جزءا أو شرطا توجب خروج العوضين عن المماثلة فيبطل أصل البيع لفقد الشرط.

الرابع: النهي وإن كان عن الزيادة إلا أنه يسري إلى أصل المعاملة عرفا.

الخامس: إذا كان البائع والشاهد ملعونين فيبطل أصل البيع بالفحوى.

وكل هذه الوجوه مخدوشة: أما الأول: فليس عليه دليل معتبر من عقل أو نقل أو إجماع، وإنما نسب ذلك إلى المسالك ومجمع البيان وذلك اجتهاد منهما لا ينفع لغيرهما.

وأما الثاني: ففيه. أولا: انه منقوض بما إذا كانت متميزة.

وثانيا: إنه يجري على المبيع حينئذ حكم البيع المشترك مع ملك الغير فيصح في المثل وتستخرج الزيادة الباطلة باختيارهما أو بالقرعة.

وأما الثالث: فالبيع منحل بالنسبة إلى المماثل وغيره، كما إذا باع مال نفسه مع مال غيره فيصح بالنسبة إلى مقدار المثل ويبطل بالنسبة إلى الزيادة، كما في جميع البيوع الواقعة على ما يجوز وما لا يجوز.

وأما الرابع: فهو عين المدعى وأصل الدعوى فقد ذكر بعنوان الدليل.

وأما الأخير: فاللعن عليهما إنما هو باعتبار الزيادة لا أصل البيع من حيث هو، فكل ما يقال في بيع ما يملك وما لا يملك نقول به في المقام أيضاً.

وأما الجهة الرابعة: ـ وهي البحث بحسب كلمات الفقهاء ـ فليس في البين إجماع على أحد الأقوال وان نسب في الجواهر بطلان أصل البيع إلى ظاهر الأصحاب، وهذه النسبة مع ان ال(مسألة ثلاثة الأقوال متهافتة مع عدم كون ال(مسألة معنونة بالتفصيل في كتب القدماء قدس سره مع انه يمكن أن يستفاد من قوله تعالى ﴿وَ إِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِكُمْ﴾[1] توسعة الأمر في المعاملات الربوية في الجملة، فالجزم ببطلان أصل المعاملة مشكل جدا وإن كان موافقا للاحتياط.

الجهة الرابعة: هل تختص حرمة الربا المعاملي بخصوص البيع فقط، أو تعمّ جميع المعاوضات مطلقا؟ نسب إلى المشهور الأخير ولكن مقتضى

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٩ وراجع ما يتعلق بالآية المباركة في ج: ٤ من مواهب الرحمن في تفسير القرآن

أصالتي البراءة والصحة، وإطلاقات أدلة تلك المعاوضات هو الأول. واستدل للأخير بأمور.

منها: القطع بوجود المناط في سائر المعاوضات أيضاً.

ومنها: جريان حكمة الربا المنصوصة في النصوص[١] وهي تعطيل المعاش وزوال اصطناع المعروف.

ومنها: إطلاقات أدلة الحرمة من الكتاب والسنة، كقوله تعالى ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا﴾[٢] وقول الصادق‌عليه‌السلام: «الحنطة والشعير رأسا برأس لا يزاد واحد منهما على الآخر»[٣] وقوله‌عليه‌السلام: «الفضة بالفضة مثلا بمثل ليس فيها زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار»[٤] وعنه‌عليه‌السلام: «كان علي‌عليه‌السلام يكره أن يستبدل وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر، ولم يكن علي‌عليه‌السلام يكره الحلال»[٥] إلى غير ذلك من الأخبار.

والكل مردود. أما الأول: فعهدة إثباته على مدعيه ولا يقدر على إثباته إلا من أحاط بالوحي ولو ببعض مراتبه.

وأما الثاني: فلا ريب في عدم جريانها لندرة غير البيع من سائر المعاوضات بين الناس ويدور معاشهم على البيع والقرض فحرّم الشارع الربا فيهما لتلك الحكمة، مضافا إلى ما ثبت من أن الحكمة لا كلية فيها لأنها حكمة أصل الجعل لا أن تكون علة المجعول.

وأما الثالث: فانصرافها بل ظهورها في البيع للقرائن الداخلية والخارجية مما لا ينكر لاشتمال جملة من النصوص على البيع، مع إن إطلاقات المثل

---

(١) راجع الوسائل باب: من أبواب الربا حديث: ٢ و٩ و١١.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥ وراجع ما يتعلق بالآية الكريمة في ج: ٤ من مواهب الرحمن في تفسير القرآن

(٣) الوسائل باب: ٨ من أبواب الربا حديث :٣.

(٤) الوسائل باب: ١ من أبواب الصرف حديث :١.

(٥) الوسائل باب: ١٥ من أبواب الربا حديث :١.

و المثلين والزيادة والمستزيد إنما هي لبيان شرط الربا لا لبيان موضوعه والشك في ذلك يكفي في عدم صحة التمسك بمثل تلك الإطلاقات.

وأما الرابع: فمحكومة بالإطلاقات الدالة على تلك المعاوضات إطلاقا لفظيا وحاليا.

وأما الأخير: فلما ثبت في محله من أن المرجع في الشك في الشرطية والمانعية إنما هو البراءة العقلية والنقلية في العبادات والمعاملات مطلقا، فما نسب إلى جمع منهم الفاضل والحلي وجمع من مشايخنا اختصاص حرمة الربا بخصوص البيع هو المتجة وطريق الاحتياط معلوم.

الجهة الخامسة: لا ربا في الإبراء بشرط الإبراء ولا في زمان الدين مع عدم الشرط، ولا في الغرامات، ولا في القسمة. أما بناء على اختصاصه بالبيع فلعدم كون ذلك كله بيعا. وأما بناء على تعميمه لمطلق المعاوضة فلعدم كونها معاوضة عرفا، بل هي عناوين خاصة في مقابل المعاوضات المخصوصة، والمناط هو ما كانت من إحدى المعاوضات المعهودة المتعارفة لا ما أمكن إرجاعه إلى المعاوضة ولو بالعناية.

وأما صحيح الحلبي: «عن الرجل يشتري الحنطة فلا يجد صاحبها إلا شعيرا، أ يصلح له أن يأخذ اثنين بواحد؟ قال عليه السلام: إنما أصلهما واحد»[١]، وصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام، «سئل عن الرجل يبيع الرجل الطعام الأكرار فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه فيقول له: خذ مني مكان كل قفيز حنطة قفيزين من شعير حتى تستوفي ما نقص من الكيل قال عليه السلام: لا يصلح»[٢]. فالمنساق منهما إنما هو المبادلة لا الوفاء المحض. ومن ذلك يظهر وجه عدم جريانه في الهبة والعطية والهدية ونحوهما ولو كانت الهبة بداعي هبة الزائد في الطرف، لعدم صدق المعاوضة عليها.

---

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب الربا حديث: ٤.

(٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب الربا حديث: ١.

نعم، لو كان الموهوب في مقابل المال لصدقت المعاوضة حينئذ، هذا ولكن الأحوط الاجتناب عن شرط الزيادة في ذلك كله مطلقا.

الجهة السادسة: الزيادة في أحد المتجانسين.

تارة: تكون معلومة ومشترطة.

وأخرى: تكون غير معلومة وغير مشترطة في العقد أصلا وإنما وقع العقد على المثلين فقط.

وثالثة: تقع المعاوضة على المثل بالمثل من دون شرط الزيادة أصلا، ولكن كانت الزيادة متحققة في الواقع.

ورابعة: تقع الزيادة في مقابل شيء خارج عن حقيقة المعاوضة، كما إذا باعه منّا من الحنطة بمنين منها مع جعل المنّ الزائد في مقابل قراءة القرآن مثلا.

وخامسة: بجعل الزيادة في مقابل صفة أحد العوضين، كما إذا باعه منا من الحنطة الجيدة بمنّ من الرديئة مع جعل المنّ الزائد في مقابل الجودة.

وسادسة: تقع الزيادة هبة مستقلة غير معوضة في ضمن المعاوضة، كما إذا باعه منا من الحنطة بمنّ بشرط أن يهبه منا آخر من الحنطة هبة مستأنفة مشتقلة. ولا إشكال في كون القسم الأول، والخامس، والأخير من الربا. للإجماع وظواهر الأدلة. وأما بقية الأقسام فاستدل على تحقق الربا فيها بالإجماع، وإطلاق أدلة حرمة الربا. وإطلاق ما دل اعتبار المثلية، وأن «الزائد والمستزيد في النار».

والكل مخدوش. أما الإجماع فلمخالفة جمع منهم المحقق الأردبيلي، وأما بقية الأدلة فلظهورها في الزيادة العينية أو انصرافها إليها، فيكون التمسك بها في غيرها من التمسك بالدليل في الموضوع المشتبه فيرجع فيها إلى أصالة الحلية، فالجزم بكونها من الربا مشكل بل ممنوع وان كان الاحتياط حسن على كل حال.

الجهة السابعة: إذا كان جاهلا بالربا حكما أو موضوعا فارتكبها مدة

طويلة أو قصيرة ثمَّ علم بذلك لا شيء عليه، لإطلاق الكتاب والسنة المستفيضة. قال تعالى **﴿فَمَنْ جٰاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهىٰ فَلَهُ مٰا سَلَفَ﴾**(١) وقد فسره أبو جعفر عليه السّلام في صحيح ابن مسلم «دخل رجل على أبي جعفرعليه السلام من أهل خراسان قد عمل الربا حتى كثر ماله، ثمَّ انه سأل الفقهاء فقالوا: ليس يقبل منك شيء الا أن ترده إلى أصحابه. فجاء إلى أبي جعفرعليه السلام فقص عليه قصته. فقال له أبو جعفرعليه السلام مخرجك من كتاب الله **﴿فَمَنْ جٰاءَه مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهىٰ فَلَهُ مٰا سَلَفَ وَ أَمْرُهُ إِلَى اَللّٰهِ﴾** والموعظة التوبة»(٢) وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: «كل ربا أكله الناس بجهالة ثمَّ تابوا فإنه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبة ـ الحديث ـ »(٣) وفي صحيحه الآخر عنهعليه السلام أيضاً قالعليه السلام: «فان رسول الله صلّى الله عليه وآله قد وضع ما مضى من الربا وحرّم ما بقي، فمن جهل وسع له جهله حتى يعرفه فإذا عرف تحريمه حرّم عليه ووجب عليه فيه العقوبة إذا ركبه كما يجب على من يأكل الربا»(٤) إلى غير ذلك من الأخبار الظاهرة في الصحة في حال الجهل، وإن المالك الحقيقي قد أمضى هذه المعاملة، كما صحح العبادة الواقعة في المغصوب مع الجهل، واختصاص بعض الأحكام بالعالمين به لا محذور فيه من عقل أو شرع وهو واقع كثيرا في الشريعة فليكن المقام منه.

ونوقش في هذه الأخبار.

تارة: بأن المراد منها نفي العقاب.

وأخرى: بأنها مخالفة لما ورد من التشديد في الربا.

وثالثة: توجب تجرّي الناس على الربا.

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥ وراجع ما يتعلق بالآية الكريمة في ج: ٤ من مواهب الرحمن في تفسير القرآن

(٢) و (٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب الربا حديث: ٧ و ٢.

(٤) الوسائل باب: ٥ من أبواب الربا حديث :٣.

منها، أو كيلو منها بكيلو مع زيادة درهم[٨]. أو حكمية كبيع كيلو من الحنطة

ورابعة: بأنها مضطربة المتن.

وخامسة: بمعارضتها بما ورد في صحيح الحلبي الآنف الذكر، وخبر أبي الربيع الشامي[١] من ردّ ما عدى رأس المال إن كان معزولا إلى غير ذلك مما ذكره في الجواهر.

وجميع ذلك مردود: أما الأولى: فلأنه خلاف ظاهرها عرفا.

وأما الثانية: فلأن التشديد في ما إذا لم يكن ترخيص في البين وهو ينفي موضوع التشديد كما بين الوالد والولد.

وأما الثالثة: فلأن تقييد الحلية بما إذا وقع في ظرف الجهل لا يوجب التجري.

وأما الرابعة: فلأنه لا اضطراب فيها كما لا يخفى على من نظر فيها بعين التأمل.

وأما الأخير: فلأنهما محمولان على الندب وهو جمع شائع في الفقه. فلا وجه للقول بأنه مع وجود العين يجب الرد ومع التلف لا بأس به، كما لا وجه للقول بأنه لا فرق في الحرمة بين العالم والجاهل مطلقا، لأن ذلك كله طرح للأخبار المعتبرة وتضييق على الأمة في ما وسّعه الله تعالى عليهم. ولا وجه لحمل الآية والأخبار على أول الإسلام أو على صورة عدم العلم بوجود الربا، لأن كل ذلك مخالف لظاهرها وإطلاقها، ومقتضى الإطلاق عدم الفرق بين أقسام الجاهل، ولا بين وجود المال وعدمه، ولا بين كون الطرف الآخر عالما أولا، ولا بين الاختلاط وعدمه، ولكن الأحوط الاجتناب مطلقا والرد إلى المالك مع الإمكان ومع العدم يجري عليه حكم مجهول المالك.

(٨) لإطلاق الأدلة، واتفاق الأجلة.

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الربا حديث: ٤.

نقدا بكيلو منها نسيئة[٩]. ولو باع كيلو ونصف من الحنطة مثلا بكيلو منها نسيئة فهل يرتفع الربا بوقوع نصف كيلو في مقابل الأجل ويصير حينئذ مثلا بمثل؟ وجهان[١٠].

(مسألة ٣): لا يجري الربا في سائر المعاوضات وان كان الأحوط الاجتناب فيها أيضاً[١١].

(مسألة ٤): يشترط في الربا، المعاملي أمران.

الأول: اتحاد العوضين في الجنس[١٢]، وضابطه الاتحاد في

---

(٩) قد تقدم ما يتعلق به في الجهة الثانية، فراجع.

(١٠) يقوي الصحة مع انحلال العقد إلى عقدين عرفا، ومع الشك فالمرجع الأصل وإطلاق أدلة البيع. ومع ذلك الأحوط الاجتناب مطلقا.

(١١) تقدم ما يتعلق به في الجهة الرابعة، فراجع.

(١٢) للإجماع، والنصوص منها صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت: ما الربا؟ قال عليه السلام: دراهم بدراهم مثلين بمثل، وحنطة بحنطة مثلين بمثل»[١] ومنها صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، ـ الحديث ـ»[٢]

وفي موثق سماعة عنه عليه السلام: «المختلف مثلان بمثل يدا بيد لا بأس»[٣] وقريب منه صحيح محمد بن مسلم[٤] وقوله عليه السلام: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»[٥] إلى غير ذلك من النصوص التي تأتي الإشارة إليها.

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب الربا حديث: ٢.
(٢) الوسائل باب: ١٦ من أبواب الربا حديث: ٣.
(٣) و (٤) الوسائل باب: ١٣ من أبواب الربا حديث: ٩ و ١.
(٥) مستدرك الوسائل باب: ١٢ من أبواب الربا حديث: ٤.

الحقيقة النوعية الكاشف عنه دخولهما تحت لفظ خاص [١٣]، فكلما صدق عليه الحنطة، أو الأرز، أو التمر، أو العنب جنس واحد فلا يجوز بيع بعضها ببعض بالتفاضل، وإن تخالفا في الصفات والخواص فلا يتفاضل بين الحنطة الرديئة الحمراء والجيدة البيضاء، ومثل ذلك في التمر ونحوه [١٤]. فإذا اختلف الاسم يصح البيع متفاضلا، فيصح بيع الأرز مع العدس، أو الحنطة ونحو ذلك من مختلفي الاسم متفاضلا [١٥].

---

(١٣) لأن المنساق من الأدلة أنه ليس المراد بالجنس في المقام الجنس المنطقي الذي يكون تحته أنواع، بل المراد بالجنس اللغوي العرفي أي النوع المنطقي الذي يكون تحته أصناف، وذلك لأن الأدلة منزلة على العرفيات فكلما له اسم خاص ولم يكن تحته قدر مشترك يسمى باسم خاص كالحنطة والتمر والزبيب، والذهب والفضة ونحوها مما يكون المقادير المشتركة التي تحتها أصنافا ليس لها اسم خاص، بل تذكر مع الوصف كالحنطة الحمراء أو الصفراء مثلا، أو الجيدة أو الرديئة ونحو ذلك وليس المراد مثل الطعام والحبّ ونحوهما مما يكون تحته أنواع كثيرة كالحنطة والشعير والعدس والماش ونحوها فلا تكون الحنطة والماش جنسا واحدا من حيث دخولهما تحت مفهوم الحب لعدم مساعدة العرف على ذلك.

نعم، الحب جنس منطقي بالنسبة إلى جميع ما يدل تحته من الحبوب مطلقا، ولكن المفروض عدم ارادة الجنس المنطقي من الأدلة.

(١٤) كل ذلك لصدق الجنس الواحد على أصناف الحنطة، وكذا أصناف الأرز والتمر ونحوها، فالمناط كله على وحدة الاسم لغة وعرفا وان اختلفت الأصناف والصفات.

(١٥) لوجود المقتضي للصحة وفقد المانع عنها، لفرض اختلاف الاسم فيصح لا محالة.

(مسألة ٥): لو شك في مورد في اتحاد الجنس وعدمه يصح البيع متفاضلا [١٦].

---

(١٦) لأصالتي الحلية والإباحة الوضعية والتكليفية، وهي مقدمة على أصالة عدم النقل والانتقال، لأن الشك في النقل والانتقال مسبب عن الشك في الحرمة، فمع جريان الأصل فيها يزول الشك في الحرمة، فلا موضوع لجريان أصالة عدم النقل والانتقال، بل يصح التمسك بالأصول اللفظية أيضاً، كأصالة الإطلاق والعموم في البيع والتجارة من الآيات والروايات. وتوهم إنه من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

فاسد: لما ثبت في محله من أن المخصص إذا كان منفصلا وتردد بين الأقل والأكثر يصح التمسك كالعام في مورد الشك وهو الأكثر، لثبوت حجيته وظهوره، وفي المقام دليل المخصص مردد بين ـ الأقل وهو ما علم فيه اتحاد الجنس ـ والأكثر وهو دخول مشكوك اتحاد الجنس تحت دليل المخصص أيضاً فيرجع إلى ظهور العام وحجيته حينئذ.

كما أن توهم: إن الحلية في المكيل والموزون معلقة على إحراز الاختلاف، لقوله عليه السلام: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» فلا بدّ في الحلية من إحراز الاختلاف والا فلا يحلّ.

مردود. أولا: بأنه خلاف السيرة وبناء الفقهاء.

وثانيا: بأنه لا موضوعية لإحراز الاختلاف من حيث هو، وإنما ذكر ذلك طريقا لعدم إحراز المماثلة بوجه شرعي فكل مورد لم يحرز فيه المماثلة بطريق معتبر يتحقق فيه الاختلاف وفي المقام بأصالة الحلية والإباحة الوضعية والتكليفية لا يبقى مورد للمثلية، فيكفي ذلك في الجواز ولا نحتاج إلى إثبات الاختلاف خارجا، بل لنا أن نتمسك بالأصل الموضوعي بالنسبة إلى العدم الأزلي، وهي أصالة عدم المماثلة بالعدم الأزلي فيثبت الجواز لا محالة ولا

الأمر الثاني: كون العوضين من المكيل والموزون، فلا ربا في ما يباع بالعد والذرع والمشاهدة (١٧).

(مسألة ٦): الحنطة والشعير جنس واحد في الربا فقط فلا يصح

تعارض بالأصل في عدم الاختلاف لعدم الاحتياج إلى إجراء هذا الأصل بعد ترتب الأثر على عدم المماثلة ولو بالعدم الأزلي، كما في أصالة عدم القرينة، وقد فصلنا البحث في الأصول فليرجع إليه.

(١٧) للأصل، والإطلاق، والاتفاق، ونصوص مستفيضة، منها صحيح زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يكون الرّبا إلا في ما يكال أو يوزن»[١] ونحوه صحيح عبيد بن زرارة[٢] وفي صحيح منصور: «سألته عن الشاة بالشاتين، والبيضة بالبيضتين، قال عليه السلام: لا بأس ما لم يكن كيلا أو وزنا»[٣] وفي صحيحه الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام: «كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد»[٤] إلى غير ذلك مما هو كثير، ومقتضى إطلاقها، كإطلاقات الأدلة الأولية عدم الفرق في الجواز بين النقد والنسيئة. فما نسب إلى جمع من القدماء من الاختصاص بالنقد جمودا على ما في بعض الأخبار من التعبير بقوله عليه السلام: «يدا بيد»[٥] خلاف التصريح بالتعميم في بعضها الأخر.

ثمَّ إن بيع المتجانسين من المكيل والموزون أقسام.

الأول: نقدا مثلا بمثل، وهذا يجوز بلا إشكال.

الثاني: نقدا متفاضلا لا يجوز بلا إشكال أيضاً.

الثالث: نسيئة مثلا بمثل وهذا لا يجوز، لما تسالموا عليه من أن للأجل قسط من الثمن بتحقق التفاضل فيحرم ويبطل من هذه الجهة.

---

(١) و(٢) و (٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب الربا ـ حديث: ١ و٣ و٥.

(٤) الوسائل باب: ١٦ من أبواب الربا حديث :٣.

(٥) الوسائل باب: ١٧ من أبواب الربا حديث: ١ وغيره.

التفاضل بينهما (١٨). وإن لم يكونا كذلك في الزكاة، فلا يكمل نصاب

الرابع: نسيئة متفاضلا لا يجوز على ما يظهر من المشهور لعمومات المنع، ولكن يمكن جعل الزيادة في مقابل المدة فيتحقق التماثل.

ولبيع المختلفين صور أيضاً.

الأولى: نقدا متماثلا.

الثانية: نقدا متفاضلا، ولا إشكال في جوازهما نصا وفتوى.

الثالثة: نسيئة متفاضلا يجوز في غير ما إذا كان العوضان من الأثمان، وأما فيها فلا يجوز لاشتراط التقابض في المجلس فيها.

الرابعة: كون أحد العوضين عروضا والآخر من الأثمان، وهذا يجوز بلا إشكال، لأنه إما سلف أو نسيئة.

الخامسة: كونها من العروض مع كونهما من المكيل أو الموزون يجوز لإطلاق الأدلة مع الكراهة، لما يظهر من بعض الأخبار إن حمل على الكراهة.

وأما إذا حمل على التقية فلا موضوع للكراهة أصلا.

(١٨) للإجماع مضافا إلى النصوص المتواترة، ففي صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن الرجل يبيع الرجل الطعام الأكرار فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه فيقول له: خذ مني مكان كل قفيز حنطة قفيزين من شعير حتى تستوفي ما نقص من الكيل. قال عليه السلام: لا يصلح، لأن أصل الشعير من الحنطة، ولكن يردّ عليه الدراهم بحساب ما ينقص من الكيل»(١) وفي صحيح عبد الرحمن: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أ يجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير فقال عليه السلام: لا يجوز إلا مثلا بمثل، ثمَّ قال عليه السلام: إن الشعير من الحنطة»(٢) وفي صحيح أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً: «الحنطة والشعير رأسا برأس، لا يزاد واحد منهما على الآخر»(٣) إلى غير ذلك من الأخبار. ومع هذه الأخبار لا ينظر إلى

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب الربا حديث: ١ و ٢.

(٣) الوسائل باب: ٨ من أبواب الربا حديث: ٣.

أحدهما بالآخر [١٩].

(مسألة ٧): يجوز بيع العلس بالسلت، والأول بالحنطة، والثاني بالشعير [٢٠]

اختلافهما الاسمي، لأنه من الاجتهاد في مقابل النص. ثمَّ إن في بيع المكيل والموزون صور.

الأولى: بيع المكيل من جنس واحد بالمكيل منه، ولا إشكال في تحقق الربا فيه مع التفاضل، للإطلاقات والعمومات، والإجماع **الثانية**: بيع الموزون من جنس واحد بالوزن منه متفاضلا، ويتحقق فيه الربا أيضاً مع التفاضل، لما مرّ في سابقة.

الثالثة: بيع المكيل من جنس واحد بالوزن منه وبالعكس مع التفاضل، وهو أيضاً من الربا، لشمول الإطلاقات والعمومات لهذه الصورة أيضاً، خصوصا بعد قوله عليه السلام: «ما عدّ عددا ولم يكل ولم يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد ويكره نسيئة»[١] فجعل عليه السلام صورة الجواز ما خرج عنها فيكون صرف وجود الكيل والوزن داخلا في مورد الربا. مع إن أصل الكيل هو الوزن على ما قيل.

الرابعة: بيع المكيل بغير الموزون.

الخامسة: بيع الموزون بغير المكيل ويجوز التفاضل في هاتين الصورتين نصا وفتوى بل بالضرورة. وهنا بحث آخر في أنه هل يجوز بيع المكيل وزنا وبالعكس أو لا يجوز، وحكمه الجواز مع عدم الجهالة بالمقدار وعدمه مع الجهل به فيكون الاختلاف في هذه ال(مسألة من النزاع اللفظي.

(١٩) للأصل، والإطلاق، والاتفاق، واختصاص دليل الواحدة بالربا فقط.

(٢٠) للأصل، والإطلاق، واختلاف الاسم الكاشف عن اختلاف الجنس عرفا، ولكن ذكر بعض أهل اللغة إن الأول نوع من الحنطة والثاني نوع من

---

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب الربا حديث :٢.

و إن كان الأحوط الترك مطلقا [٢١].

(مسألة ٨): لكل نوع من الأنواع أصناف كثيرة ربما تبلغ المئات بل أكثر، وجميع تلك الأصناف من كل نوع تحت جنس واحد، جيدة كانت أو رديئة أو بالاختلاف [٢٢].

(مسألة ٩): كل شيء مع أصله وما يتفرع عنه جنس واحد وإن اختلفا في الاسم [٢٣]. كالسمسم، والشيرج واللبن مع الجبن، والمخيض واللبا

الشعير، وقد ثبت في محله إنه لا اعتبار بقول اللغوي ما لم يوجب الوثوق، ولو أوجب الشك فقد تقدم الجواز في صورة الشك.

(٢١) خروجا عن خلاف من جعل الأول نوعا من الحنطة. والثاني نوعا من الشعير، وقد تقدم في زكاة الغلات بعض ما ينفع المقام، فراجع.

(٢٢) لفرض اتحاد الاسم في جميع ذلك، والمناط كله صدق الاسم عرفا والاتحاد فيه، وقد قيل إن للأرز في خصوص الهند ألف ومائة صنف، وللتفاح ثمانمائة قسم، وهكذا في جميع الحبوب والفواكه وغيرهما، ولكن اتحاد كل تلك الأصناف من تلك الأنواع يجعلها من الجنس الواحد في الربا.

(٢٣) لنصوص خاصة في موارد مخصوصة. وقد جعل ذلك من القواعد.

ففي صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «الدقيق بالحنطة، والسويق بالدقيق مثل بمثل لا بأس به»[١] وفي صحيحه الآخر عنه عليه السلام أيضاً: «الحنطة بالدقيق مثلا بمثل»[٢] وفي موثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في العنب بالزبيب، قال عليه السلام: لا يصلح إلا مثلا بثمل، والتمر والرطب بالرطب مثلا بمثل»[٣] وفي موثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في العنب بالزبيب، قال عليه السلام: لا يصلح إلا مثلا

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب الربا حديث: ٢ و ٤.
(٣) الوسائل باب: ١٤ من أبواب الربا حديث :٣.

بمثل، والتمر والرطب بالرطب مثلا بمثل»[١] وفي خبر ابن أبي الربيع عن أبي عبد الله عليه السلام: «ما ترى في التمر والبسر الأحمر مثلا، قال عليه السلام: لا بأس. قلت: فالبختج والعنب مثلا بمثل، قال: لا بأس»[٢] وفي المرسل: «و ما كيل أو وزن مما أصله واحد فليس لبعضه فضل على بعض»[٣] ويدل عليه المستفيضة الواردة في اتحاد الحنطة والشعير[٤] المعللة بأن الشعير من الحنطة وقد تعدّوا من الموارد المنصوصة إلى غيرها بعدم القول بالفصل. ومقتضى إطلاق كلماتهم عدم الفرق بين تغيير الصورة كالحنطة والدقيق، وتغيير الحقيقة بالاستحالة ـ طبيعية كانت أو صناعية، كصيرورة شيء ملحا، أو كجعل الخشب بالإحراق رمادا ـ وجعل بعض الأشياء بالصناعة أدوية أو أشياء أخرى كالسكر الذي يتحصل من قصبة أو من (الشوندر)على ما هو الشائع فيهما، وكذا كل مستحال إليه مع المستحال منه.

وإثبات هذه الكلية مشكل عقلا ونقلا أما الأول فلاختلاف الاسم والأثر الكاشف عن اختلاف الحقيقة قطعا، فرب شيء يضرّ أصله وينفع فرعه ورب شيء بالعكس. وأما النقل فهو مختص باختلاف الصورة فقط، كالحنطة والدقيق، ولا بأس بالتعدي إلى النظائر العرفية.

وأما ما ورد في الحنطة والشعير من أن جبرائيل أتى بقبضة من حنطة فأخذ منها آدم عليه السلام وزرع فخرج حنطة وقبضت حواء وزرعت فخرج شعيرا[٥]

ففيه انه قضية في واقعة لم يعرف حقيقتها فهل كان التغيير بعد الوصول إلى الأرض أو قبله، وكيف كان فنتعبد فيه بأصله وإن لم نفهم خصوصية التعليل.

وأما الإجماع فالمتيقن منه ـ على فرض اعتباره تغيير الصورة فقط. ولو

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١٤ من أبواب الربا حديث :٥.
(٣) الوسائل باب: ١٧ من أبواب الربا حديث :١٢.
(٤) تقدمت في صفحة :٣١٠.
(٥) سفينة البحار ح: ١ صفحة :٣٤٦

و غيرها، والتمر والعنب مع خلهما ودبسهما. وكذا الفرعان من أصل واحد، كالجبن والأقط والزبد وغيرهما (٢٤).

(مسألة ١٠): اللحوم والألبان والأدهان تختلف باختلاف الحيوان المتخذ ذلك منه، فيجوز التفاضل بين لحم الغنم ولحم البقر، وكذا بين لبنهما أو دهنهما، وكذا بين ما يتفرع من لبنهما (٢٥). وكذا في الطيور

وصلت النوبة إلى الشك فمقتضى الأصل الجواز، كما تقدم.

وبالجملة الأقسام ثلاثة.

فتارة: يحكم العرف بالاتحاد وإن اختلف في الاسم في الجملة.

وأخرى: يحكم بالاختلاف.

وثالثة: يشك فيهما وحكم الأخيرين الجواز مع الاحتياط في الثالثة.

(٢٤) بناء على كلية هذه القاعدة، ولكن الالتزام بها مشكل جدا في الحليب والدهن، وكذا بعض أقسام الجبن الذي زالت الأجزاء المائية عنه. وكذا الأقط وذلك لغلبة جهة المائية في الحليب خصوصا في فصل الربيع، وكذا الكلام في الحليب الطبيعي واللبن الجاف المصنوع في هذه الأعصار ـ بناء على أنه حليب طبيعي أخذت الأجزاء المائية منه.

وبالجملة: ان كان بناؤهم في هذه الكلية على العرف فهو يشهد بالخلاف في جملة من الموارد، وان كان لدليل آخر فهو مفقود، وان كان المناط وحدة الاسم والآثار والخصوصيات فهو أيضاً مفقود وان كان لاستظهار مما ورد في الحنطة والدقيق فهو مسلم في الجملة ولكن لا تفيد الكلية إلا في مورد تغير الصورة فقط، لوحدة الشكر والقند مثلا.

وأما وحدة الشعير والحنطة فهو قضية في واقعة خرجت بالدليل، وإلا فلا بدّ وأن يقال بالربا في العلف والحليب لأن أصل الحليب من العلف، وكذا في نظائره من الاستحالات التكوينية.

(٢٥) للإجماع، ولأن الجنس العرفي فيها يكون هكذا، ومطلق اللحم

فيجوز التفاضل بين لحم بعض الطيور مع البعض الآخر إذا اختلفا في الاسم(٢٦). والأدهان المتخذة من النباتات تابع لما اتخذ منه فيجوز التفاضل بين دهن السمسم ودهن اللوز (٢٧) و الضمان والمعز جنس واحد، وكذا البقر والجاموس(٢٨) و الخلّ تابع لما يعمل منه، فيجوز التفاضل بين خلّ العنب وخلّ التمر (٢٩). ولكن خلّ العنب والزبيب شيء واحد، وكذا خلّ الرطب والتمر (٣٠).

(مسألة ١١): الصوف غير الشعر وهما غير الوبر (٣١) و صوف كل حيوان تابع له فيجوز التفاضل بين صوف الغنم وصوف البعير(٣٢). الشحم والألية والقلب والكبد غير اللحم فيصح التفاضل بينها وبين اللحم، وكذا بين بعضها مع بعض (٣٣).

(مسألة ١٢): ما عمل من جنسين فإن عدّ من أحدهما عرفا لا يجوز

والدهن واللبن جنس منطقي لا أن يكون عرفيا، وقد تقدم أن المناط على العرف.

(٢٦) لما تقدم في سابقة من غير فرق.

(٢٧) لتحقق الاختلاف النوعي العرفي فيختلف الحكم أيضاً.

(٢٨) لدخول الأول تحت اسم واحد وهو الغنم، والثاني كذلك وهو البقر عند المتعارف.

(٢٩) لاختلاف الاسم الموجب لاختلاف الحكم.

(٣٠) لوحدة الجنس العرفي في كل واحد منهما.

(٣١) لأن كلا منها نوع خاص عرفا، ويختص باسم مخصوص كذلك.

(٣٢) للاختلاف العرفي الموجب لصحة التفاضل.

(٣٣) لشهادة العرف بذلك، مع ان القلب والكبد يباع عددا لا وزنا فينتفي الربا بينهما وبين غيرهما من هذه الجهة أيضاً.

بيعه معه متفاضلا وإن لم يعدّ أو شك فيه يجوز (٣٤).

(مسألة ١٣): المناط في كون شيء مكيلا أو موزونا متعارف البلدان وعند متعارف الناس [٣٥]، ومع الاختلاف فحكم كل بلد على ما هو المعتاد فيه [٣٦].

---

(٣٤) أما الأول: فلفرض صدق اتحاد الجنس.

وأما الثاني: فلصدق التعدد.

وأما الأخير: فلما مرّ من الجواز في صورة الشك في الوحدة والتعدد.

(٣٥) لأنه المنساق من الأدلة، ولخبر القمي: «و لا ينظر في ما يكال أو يوزن الا إلى العامة ولا يؤخذ فيه بالخاصة، فإن كان قوم يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن أصل اللحم أن يوزن وأصل الجوز أن يعد»[١].

(٣٦) لأنه لم يرد لتحديد المكيل والموزون شيء من الشارع في هذا الأمر العام البلوى مع الحاجة إليه في جميع الأعصار والأمصار وما كان كذلك فلا بدّ من الرجوع إلى المتعارف، ومع اختلافه فإن كان شيء مكيلا في محل دون آخر فيصدق المكيلية العرفية في ذلك المحل فلا بدّ من شمول الدليل وانطباقه عليه قهرا، أو لفرض أن الموضوع عرفي لا أن يكون لغويا أو تعبديا.

واحتمال كون المناط كون شيء مكيلا عند جميع الناس مطلقا، أو كون المناط على عصر الشارع فما كان مكيلا في عصره فهو مكيل إلى يوم القيامة ولو صار معدودا بعد ذلك وما كان بالعكس فبالعكس.

فهو سقاط في هذا الموضوع الذي بني على الاختلاف بحسب الأمكنة والخصوصيات والنبيّ صلّى الله عليه وآله ورد على ما كان مكيلا أو موزونا في عصره لا أن يجعل للناس الكيل والوزن ولم يردع عما كان متعارفا في عصره، وعدم الردع عما كان في عصره لا يكون تقريرا بغير عصره، كما هو واضح، بل الشريعة

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب الربا حديث :٦.

(مسألة ١٤): لا تجري تبعية الفرع للأصل في المكيلية والموزونية [٣٧]. فما كان أصله مما يكال أو يوزن فخرج منه شيء لا يكال ولا يوزن لا بأس بالتفاضل بين أصله وما خرج منه، وكذا بين ما خرج منه

أجنبية عن الموضوعات العرفية مطلقا، وإنما له تشريع الحكم فقط.

نعم، إذا ورد دليل معتبر منه على التحديد فيها، كما في الكر والمسافة ونحوهما يتبع لا محالة، ولا وجه في المقام للاستصحاب بأن يقال ان ما كان في عصره فهو مكيل بالاستصحاب لفرض ان الموضوع تحت اختيار العرف يغير ويبدل بحسب نظر الحكومات مثلا في جميع الأمكنة والبلاد، وما كان كذلك لا وجه للاستصحاب عند التغيير بل يؤخذ بما هو المتحقق فعلا، والظاهر ان الموضوع لا يحتاج إلى البحث بأكثر من ذلك فلا وجه للتطويل. وفي مثل ذلك لا وجه لدعوى الإجماع.

ان قلت: نعم ولكن المختلف في بلدين مثلا لا يدخل تحت إطلاق أحد الخطابين لأنه من الترجيح بلا مرجح، مضافا إلى ما في خبر القمي المتقدم «و لا يؤخذ فيه بالخاصة» فإنه يشمل ذلك فلا يجري فيه حكم الربا فيرجع حينئذ إلى أصالة الحلية والإباحة.

قلت: بل يدخل المختلفين تحت إطلاق كل من الدليلين بالاعتبارين ولا محذور فيه، لأن انطباق الدليل على الموضوع قهري وأما انه لا يؤخذ فيه بالخاصة فيمكن أن يراد به الشاذ الذي يكون خارجا عن المتعارف ويكون خلاف الشائع منه.

(٣٧) للأصل، والإطلاق، والاتفاق بعد عدم دليل على التبعية من عقل أو نقل، وكون كل منهما له تحديد خاص في إحراز كميته عرفا، ويشهد لذلك نصوص خاصة في موارد متفرقة، منها خبر عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن بيع الغزل بالثياب المنسوجة والغزل أكثر وزنا من الثياب، قال عليه السلام: لا

بعضه مع بعض[٣٨] و ذلك كالقطن والكتان، فأن أصلهما وغزلهما يوزن ومنسوجهما لا يوزن فلا بأس بالتفاضل بين أصلهما أو غزلهما وبين منسوجهما، وكذا بين أفراد منسوجهما، بأن يباع ثوبان بثوب واحد، وكذا دهن الجوز فإنه موزون وأصله ـ وهو الجوز ـ معدود فيجوز التفاضل بينهما.

(مسألة ١٥): إن كان شيء مكيلا أو موزونا في حال دون حال، كالثمرة غير موزونة حال كونها على الشجرة وإذا جنيت صارت من الموزون، وكذا الحيوان قبل أن يذبح ويصير لحما ليس من الموزون، ولكن يصير منه بعد الذبح وسلخ جلده فيجوز التفاضل بينهما، وكذا يجوز شاة بشاتين بلا إشكال[٣٩].

بأس»[١]

(٣٨) لإطلاق أدلة البيع كتابا وسنة، فالمقتضي للصحة موجود والمانع عنها مفقود فيصح لا محالة.

(٣٩) لأن الحيوان يباع مشاهدة بحسب المتعارف فلا موضوع للربا فيه، مضافا إلى نصوص خاصة، منها صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «البعير بالبعيرين، والدابة بالدابتين يدا بيد ليس به بأس»[٢] ومنها صحيح داود بن الحصين «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الشاة بالشاتين والبيضة بالبيضتين فقال عليه السلام: لا بأس ما لم يكن مكيلا أو موزونا»[٣] ومنها صحيح عبد الرحمن: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد بالعبدين، والعبد بالعبد والدراهم قال عليه السلام: لا بأس بالحيوان كله يدا بيد»[٤] إلى غير ذلك من النصوص.

---

(١) الوسائل باب: ١٩ من أبواب الربا حديث: ١.
(٢) الوسائل باب: ١٧ من أبواب الربا حديث: ١.
(٣) و (٤) الوسائل باب: ١٧ من أبواب الربا حديث: ٢ و٦ ج: ١٢.

(مسألة ١٦): يكره بيع اللحم بالحيوان الحي [٤٠]، سواء كان من

(٤٠) نسب إلى المشهور حرمته، واستدل عليها.

تارة: بإطلاق النبوي عليه السلام: «نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع اللحم بالحيوان»[١]

وأخرى: بقول الصادق عليه السلام: «إن عليا عليه السلام كره بيع اللحم بالحيوان»[٢] وقد ورد في بعض الأخبار«و لم يكن علي عليه السلام يكره الحلال»[٣] وثالثة: بالإجماع.

والكل مخدوش. أما الأول: فهو نبوي عامي، ومناهي النبي صلى الله عليه وآله تستعمل في الكراهة كثيرا.

وأما الثاني: ـ على فرض اعتبار سنده ـ فلا بد من حمله على بعض المحامل، مثل أن يراد بالحرام مطلق المرجوح الشامل للمكروه الاصطلاحي وللحرام أيضاً، إذ لا ريب في أنه عليه السلام يكره المكروه.

وأما الإجماع فلا اعتبار به لذهاب جمع إلى الجواز، مع إن من ذهب إلى المنع ظاهره إنه من جهة الربا ولا مورد للربا في المقام كما مرّ.

مع إنه يحتمل في أصل ال(مسألة أن تكون نهيا عما كان متعارفا في الأعصار القديمة من دفع غنم إلي القصاب وأخذ اللحم منه تدريجا، بناء على تحقق الجهالة بالنسبة إلى الحيوان حينئذ لتبدل حالاته من السمن والهزال ونحوهما، فيصير البيع غرريا فيبطل من هذه الجهة، ولكنه لا كلية في هذا التعليل، كما لا يخفى.

ويمكن حمل ما ذهب إليه المشهور من البطلان على هذه الصورة، وإن كان خلاف ظاهر إطلاق كلامهم، بل تصريح بعضهم، وحيث لم يتم دليل على

(١) المغني لابن قدامة ج: ٤ ص: ١٤٦ ط بيروت.
(٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب الربا حديث :١.
(٣) الوسائل باب: ١٥ من أبواب الربا حديث :١.

جنسه، كبيع لحم الغنم بالشاة، أو بيعه بغير جنسه [٤١].

(مسألة ١٧): إذا كان لشيء حالتان حالة رطوبة وحالة جفاف، كالتمر يكون رطبا ثمَّ يصير تمرا، والعنب يصير زبيبا، وكذا الخبز واللحم ونحوها، يجوز بيع جافه بجافه ورطبه برطبه مثلا بمثل. ولا يجوز بالتفاضل [٤٢] و لا يجوز بيع جافه برطبه بالتفاضل [٤٣] و يكره مثلا بمثل [٤٤] بل الأحوط

الحرمة فلا وجه للقول بها.

نعم، حيث إن الكراهة خفيفة المؤنة فلا بأس بالذهاب إليها.

(٤١) للإطلاق الشامل لكل منهما.

(٤٢) أما الجواز مثلا بمثل فلاطلاقات الأدلة كتابا وسنة، وعدم لزوم الربا في البين حتى يحرم. وأما عدم الجواز مع التفاضل فللزوم الربا فيشمله ما تقدم من الأدلة المانعة.

(٤٣) لإطلاق أدلة الربا الشامل لهذه الحالة أيضاً.

(٤٤) البحث في هذه المسألة.

تارة: بحسب الأصل.

وأخرى: بحسب القاعدة المستفادة من الإطلاقات والعمومات.

وثالثة: بحسب الأخبار الخاصة.

ورابعة: بحسب الأقوال.

أما الأولى: فمقتضى أصالة الحلية والإباحة التكليفية والوضعية الجواز.

وأما الثانية: فمقتضى ما يستفاد من الأدلة الواردة في الربا من جواز بيع المتجانسين مثلا بمثل الجواز أيضاً.

وأما الأخبار الخاصة.

منها: النبوي: «سئل صلّى الله عليه وآله عن بيع الرطب بالتمر، فقال صلّى الله عليه وآله: أ ينقص إذا

جف؟ قيل: نعم. قال صلى الله عليه وآله: لا اذن[١]».

ومنها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يصلح التمر اليابس بالرطب من أجل أن التمر يابس والرطب رطب، فإذا يبس نقص»[٢]

ومنها: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام كره أن يباع التمر بالرطب عاجلا بمثل كيله إلى أجل، ان التمر ييبس فينقص من كيله»[٣]

ومنها: صحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يصلح التمر بالرطب إن الرطب رطب والتمر يابس، فإذا يبس الرطب نقص»[٤]

ومنها: موثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام عن العنب بالزبيب، قال عليه السلام: «لا يصلح إلا مثلا بمثل. قال: والتمر والرطب بالرطب مثلا بمثل»[٥]

والأخيران نص في الجواز مثلا بمثل، وظاهر في حرمة التفاضل. وأما الأخبار الأولى فلو كنا نحن ونفسها لنقول فيها بالكراهة لقرائن داخلية مع قصور بعضها سندا عن إثبات الحرمة، ولو فرض ظهورها في الحرمة لا بد وان تحمل على الكراهة بقرينة الخبرين الأخيرين.

وأما الجهة الأخيرة فالأقوال بين إفراط وتفريط.

الأول: عدم الجواز مطلقا لا متساويا ولا متفاضلا، بلا فرق بين الرطوبة الذاتية والعرضية، وبلا فرق بين أقسام الرطب واليابس من الأثمار وغيرها.

الثاني: الجواز مع الكراهة في مقابل القول الأول.

الثالث: اختصاص الحرمة بخصوص الرطب والتمر، والجواز في غيرهما مطلقا.

الرابع: التفصيل في ما عدى الرطب والتمر بين الرطوبة الذاتية فيجوز

---

(١) مستدرك الوسائل باب: ١٣ من أبواب الربا حديث :٢.

(٢) و (٣) و (٤) الوسائل باب: ١٤ من أبواب الربا حديث: ١ و٢ و٦ و٣.

(٥) الوسائل باب: ١٤ من أبواب الربا حديث: ١ و٢ و٦ و٣.

الترك (٤٥).

(مسألة ١٨): التفاوت بالجودة والرداءة في أفراد الجنس الواحد لا يوجب جواز التفاضل بينهما، فلا يصح بيع كيلو من الحنطة الجيدة بكيلوين من الرديئة منها (٤٦)، ولا بيع مثقالين من الذهب الجيد بمثقالين من الرديء منه (٤٧).

(مسألة ١٩): يتخلص من الربا بوجوه.

الأول: ضم غير الجنس إلى الطرفين، كأن يبيع منا من الحنطة مع درهم بمنين من الحنطة ودرهمين (٤٨). أو ضم غير الجنس إلى الطرف

والعرضية فلا يجوز. ولا مدرك في البين إلا ما تعرضنا له من الأخبار، فراجع وتأملها بعين الاعتبار.

(٤٥) خروجا عن خلاف ما نسب إلى جمع بل المشهور من المنع مطلقا.

(٤٦) لإطلاق أدلة حرمة التفاضل بين أفراد الجنس الواحد الشامل للجيد والرديء أيضاً، مضافا إلى ظهور الإجماع، والنص، ففي خبر سيف التمار: «قلت لأبي بصير: أحب أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها تمر مشقق، قال: فسأله أبو بصير عن ذلك فقال: هذا مكروه، فقال أبو بصير: ولم يكره؟، فقال عليه السلام: إن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يكره أن يستبدل وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر، لأن تمر المدينة أدونهما، ولم يكن عليّ عليه السلام يكره الحلال»[١]

(٤٧) لما تقدم آنفا، ويأتي في بيع الصرف ما ينفع المقام.

(٤٨) البحث في هذه المسألة.

تارة: بحسب القاعدة.

---

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب الربا حديث :١.

وأخرى: بحسب الأدلة الخاصة.

أما الأولى: فحيث إن أحد العوضين وقع بإزاء المجموع الآخر لا يلحظ من هذه الجهة نفس الجنس الواحد في العوضين حتى يأتي فيه التفاضل، فلا يصدق حينئذ معاملة الجنس الواحد مع التفاضل. فلا وجه لأن يقال: إن في ضمن المجموع يقع التفاضل في الجنس الواحد، لأن حيثية التفاضل في الجنس الواحد ملغاة في البناء المعاملي في هذا النحو من المعاملة، ثمَّ إنه ان قصد وقوع الزيادة في مقابل غير الجنس فلا ريب في الصحة بحسب القاعدة، وكذا إن لم يقصد ذلك. لأن المدار في تصحيح المعاملات على إمكان تصحيح ذلك لا على قصد الصحيح في نظر المتعاملين، فمن باع مال نفسه مع مال غيره جاهلا به أو عالما يصح بالنسبة إلى مال نفسه ويبطل بالنسبة إلى مال غيره إلا مع إجازته، سواء قصد ذلك أو لا. وفي المقام تنصرف الزيادة إلى غير الجنس قصده المتعاملون أو لا، وهذا هو مقتضى أصالة الصحة في المعاملات أيضاً، بل وكذا في العبادات، فان المدار فيها على إمكان التصحيح واقعا ـ اجتهادا أو تقليدا ـ قصد المكلف الصحة أولا، بل لو اعتقد البطلان وكان صحيحا ـ اجتهادا أو تقليدا ـ يصح عمله وبالعكس يبطل.

وأما الأدلة الخاصة فتدل عليه النصوص المستفيضة ـ مضافا إلى الإجماع ـ منها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا بأس بألف درهم ودرهم بألف درهم ودينارين إذا دخل فيها ديناران أو أقل أو أكثر فلا بأس به»[١] وفي صحيح أبي بصير عنه عليه السلام: «سألته عن الدراهم بالدراهم وعن فضل ما بينهما. قال عليه السلام: إذا كان بينهما نحاس أو ذهب فلا بأس»[٢] وفي صحيح عبد الرحمن ابن الحجاج: «قلت له: اشترى ألف درهم ودينارا بألفي درهم فقال عليه السلام: لا بأس بذلك، ان أبي كان أجرأ على أهل المدينة مني، فكان يقول: هذا، فيقولون: إنما هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم، ولو جاء بألف درهم لم يعط

(١) و(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب الصرف حديث: ٤ و ٧.

الناقص، كأن يبيع منا من حنطة مع درهم بمنين منها[(٤٩)]، ولو خرجت القيمة مستحقة للغير لا يضرّ بصحة البيع، سواء أجاز الغير أو لا[(٥٠)].

ألف دينار، وكان يقول لهم: نعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال»[(١)] وهذه الأخبار مطابقة للقاعدة على ما استظهرناه. ومقتضى إطلاقها هو انصراف الزيادة إلى غير الجنس قصد ذلك أو لا. ولا بد وأن يكون كذلك في المعاملات التي هي مبنية على التسهيل خصوصا في الفرار من الباطل إلى الحق الذي ينبغي أن يكون الطريق عليه سهلا ويسيرا.

(٤٩) لما تقدم، ولما في موثق الحسن بن صدقة عن أبي الحسن الرضاعليه السلام: «قلت له: جعلت فداك إني أدخل المعادن وأبيع الجوهر بترابه بالدنانير والدراهم، قالعليه السلام: لا بأس به. قلت: وأنا أصرف الدراهم بالدراهم، وأصيّر الغلة وضحا، وأصيّر الوضح غلة. قال: إذا كان فيها ذهب فلا بأس، قال: فحكيت ذلك لعمار بن موسى الساباطي، فقال لي: كذا قال لي أبوه، ثمَّ قال لي: الدنانير أين تكون؟ قلت: لا أدري، قال عمار: قال لي أبو عبد اللهعليه السلام: يكون مع الذي ينقص»[(٢)]

(٥٠) أما في صورة الإجازة فلا إشكال في صحة البيع لوجود المقتضى وفقد المانع.

وأما في صورة عدم الإجازة فلاستصحاب الصحة من حيث الربا، ولأن المنساق من أدلة حرمة الربا حرمة الزيادة في نفس العقد، وحرمة إحداث الربا بإنشاء العقد، وأما لو لزمت الزيادة من جهة التقسيط، أو من سائر الجهات الطارية على العقد فلا دليل على الحرمة حينئذ، بل مقتضى الأصل عدمها بعد حدوث إنشاء المعاملة صحيحا.

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب الصرف حديث :١.
(٢) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب الربا حديث :١.

الثاني: أن يبيع كيلو من الحنطة ـ مثلا ـ إلى زيد بدرهم ثمَّ يشتري منه كيلوين من الحنطة بالدرهم (٥١).

الثالث: ما إذا وهب كل من المتبايعين جنسه للآخر مجانا من غير قصد المعاوضة، ولا اشتراط الهبة في الهبة (٥٢).

الرابع: أن يقرض كل منهما جنسه لصاحبه ثمَّ يتبارئا (٥٣) مع عدم الشرط(٥٤).

الخامس: أن يتبايعا بقصد كون المثل في مقابل المثل وكون الزائد هبة مستقلة مجانية (٥٥).

---

(٥١) لأن التفاضل المحرم إنما هو في ما إذا كان في معاملة واحدة، وهذه معاملتان فتخرج عن مورد الربا تخصصا. هذا ويمكن أن يستشهد بصحيح إسماعيل بن جابر عن أبي جعفرعليه السلام: «سألته عن الرجل يجيء إلى صيرفي ومعه دراهم يطلب أجود منها فيقاوله على دراهمه فيزيده كذا وكذا بشيء قد تراضيا عليه، ثمَّ يعطيه بعد بدراهمه دنانير، ثمَّ يبيعه الدنانير بتلك الدراهم على ما تقاولا عليه مرة، قالعليه السلام: أ ليس ذلك برضا منهما جميعا؟ قلت: بلى. قالعليه السلام: لا بأس»[1]

(٥٢) لأن هذا القسم أيضاً خروج موضوعي عن مورد أدلة الربا، لأنها في البيع،.أو مطلق المعاوضة، والمفروض ان هذا القسم ليس من كل منهما.

(٥٣) لعدم كون القرض بيعا ولا معاوضة، وهذا القسم خارج عن مورد أدلة الربا موضوعا.

(٥٤) لأنه حينئذ يتحقق موضوع الربا القرضي فيحرم من هذه الجهة.

(٥٥) لأنه مشتمل على عنوانين مستقلين لا ربط لأحدهما بالآخر، وهذه

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب الصرف حديث :٦.

السادس: أن تكون الزيادة مورد الصلح بعوض أو بلا عوض شرط فيه مبادلة المثل بالمثل أو لم يشرط[٥٦].

السابع: أن يبيع كيلو من الحنطة بدرهم، ثمَّ يعطيه المشتري كيلوين وفاء عما في ذمته[٥٧].

(مسألة ٢٠): لو عمل في أحد العوضين عملا يوجب زيادة القيمة فبيع بجنسه بالتفاضل، كما إذا انقي كيلو من حنطة بأجرة درهم مثلا، فبيع بكيلو ونصف بحيث يقع النصف في مقابل الدرهم لا بأس به[٥٨]. وكذا

الصورة أيضاً خروج موضوعي عن أدلة حرمة الربا.

(٥٦) لأنهما عنوانان مستقلان لا ربط لأحدهما بالآخر، والشرط صحيح موافق لعمومات الكتاب والسنة فلا محذور فيه، وفي الربا القرضي يجوز أن يصالح المقترض الزيادة بعوض أو بلا عوض بشرط أن يقرضه المصالح له شيئا أو بلا شرط، قبل القرض أو حينه. أو بعده، كل ذلك صحيح للأصل والإطلاق، وعدم اشتراط الزيادة في العقد القرضي، كما لا يخفى.

(٥٧) لأن الوفاء لا ربط له بالبيع، وقد تقدم انه لا ربا في الوفاء.

فائدة: لا ريب في أن مطلق الزيادة أعم من الربا، والربا المحرم العقدي متقوم بالطرفين، فلو كان قصد أحد المتعاملين الربا المحرم، وقصد الآخر الزيادة بعناوين أخرى غير عنوان الربا، فهل يتحقق الربا المحرم حينئذ أو لا؟ مقتضى الأصل هو الأخير، ولم أجد لهذا الفرع ذكرا في كلماتهم في ما تفحصت عاجلا.

(٥٨) لوقوع البيع مثلا بمثل، ووقوع الزيادة في مقابل الأجرة. وأما الأخبار الدالة على اعتبار المثل بالمثل في السويق والدقيق والحنطة كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «الحنطة بالدقيق مثلا بمثل، والسويق مثلا بمثل الشعير بالحنطة مثلا بمثل لا بأس به»[١] وغيره فالمنساق منها ما إذا كانا من

---

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب الربا حديث: ٢.

كلما يصح أن يقع بإزائه مال [٥٩].

(مسألة ٢١): إذا وقعت المعاملة الربوية بين شخص وبين الظلمة، وأخذ ذلك الشخص الزائد يمكن أن يصححها الحاكم الشرعي [٦٠].

(مسألة ٢٢): تقدم ذكر بعض الموارد التي ليس فيها الربا المعاملي تخصصا، وقد وردت موارد أخرى نفى الشارع فيها الربا المعاملي والربا القرضي [٦١] تخصيصا.

الأول: بين الوالد وولده [٦٢].

الثاني: بين المولى ومملوكه [٦٣].

جنس واحد لا ما إذا ضمّ إلى الأقل شيء آخر يكون بإزاء الأكثر.

(٥٩) لتحقق المماثلة حينئذ، ووقوع الزيادة في مقابل ماله عوض عرفا.

(٦٠) لأن هذا المال الذي وقع بيد ذلك الشخص مجهول المالك في الواقع، فيهب جميعه لذلك الشخص من باب ولايته على ذلك، وال(مسألة سيّالة في موارد شتى وفي الربا القرضي أيضاً.

(٦١) لإطلاق الدليل ـ الذي سيأتي ذكره ـ الشامل لكل من الربا المعاملي والربا القرضي.

(٦٢) للإجماع والنص، ففي خبر عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: ليس بين الرجل وولده ربا، وليس بين السيد وعبده ربا»[١] وفي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «ليس بين الرجل وولده وبينه وبين عبده، ولا بين أهله ربا»[٢] وغير ذلك من الأخبار، وقد عمل بها الأصحاب.

(٦٣) لما تقدم من النصوص، مضافا إلى الإجماع، وفي صحيح علي بن

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٧ من أبواب الربا حديث: ١ و٣.

الثالث: بين الرجل وزوجته [٦٤]. فيجوز لكل من الطائفتين أخذ الفضل من الآخر [٦٥].

الرابع: بين المسلم والحربي إذا أخذ المسلم الفضل [٦٦] و يثبت بين المسلم والذمي [٦٧].

جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «عن رجل أعطى عبده عشرة دراهم على أن يؤدي العبد كل شهر عشرة دراهم أ يحل ذلك؟ قال عليه السلام: لا بأس»[١]

(٦٤) للإجماع، وما تقدم من الأخبار.

(٦٥) لأنه يستفاد من إطلاق نفي حرمة الربا بينهما ذلك بعد عدم دليل على التخصيص بطرف خاص.

(٦٦) نصا واتفاقا. ففي الخبر: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا، نأخذ منهم ألف ألف درهم بدرهم، ونأخذ منهم ولا نعطيهم»[٢] مضافا إلى أن مال الحربي فيء للمسلم يصح له أخذه بأي وجه أمكن له التوسل به إلى الأخذ منه.

وأما الذمي فإن كان مذهبه جواز الربا وأعطى ذلك يصح أخذه منه لقاعدة الإلزام.

وأما صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قلت، فالمشركون بيني وبينهم ربا؟ قال عليه السلام: نعم، قلت: فإنهم مماليك، فقال عليه السلام: إنك لست تملكهم إنما تملكهم مع غيرك، أنت وغيرك فيهم سواء»[٣] فأسقطه إعراض المشهور عنه، أو حمله على محامل.

(٦٧) لإطلاق أدلة الحرمة من غير ما يصلح للتخصيص. وما ورد في بعض الأخبار عن الصادق عليه السلام: «ليس بين المسلم وبين الذمي ربا»[٤] فمع قطع النظر

---

(١) الوسائل باب: ٧ من أبواب الربا حديث :٦.

(٢) و (٣) الوسائل باب: ٧ من أبواب الربا حديث: ٢ و٣.

(٤) الوسائل باب: ٧ من أبواب الربا حديث :٦.

(مسألة ٢٣): لا فرق في الولد بين الذكر والأنثى والخنثى، ولا بين ولد الولد(٦٨)**، والأحوط الاقتصار على خصوص الذكر وبلا فصل**(٦٩)**. والحكم مخصوص بالأب فلا يشمل الأم فيثبت الربا بينها وبين الولد**(٧٠) **ولا بد من الاقتصار على النسبي دون الرضاعي، وعلى الأب دون الجد**(٧١)**.**

(مسألة ٢٤): النقود الورقية المعمولة بها في العالم لا يجري فيها الربا المعاملي(٧٢)**.**

عن سنده وإعراض المشهور عنه محمول على الحربي بقرينة غيره، مضافا إلى ظهور الإجماع خصوصا إذا أخذ الذمي الفضل، وقد أدعوا القطع على عدم جوازه.

(٦٨) للإطلاق الشامل للجميع.

(٦٩) لاحتمال الانصراف والاختصاص، لكنه ضعيف.

(٧٠) للعمومات والإطلاقات من دون دليل على التخصيص إلا احتمال أن يكون المراد بقوله عليه السلام: «ليس بين الوالد وولده ربا» الأعم من الوالدين، ولكنه خلاف الظاهر خصوصا مع ما تقدم من ذكر الرجل في قول أبي جعفر عليه السلام.

(٧١) للاقتصار في الحكم المخالف للعمومات والإطلاقات على المتيقن من مورد الدليل.

(٧٢) لما تقدم من أنه يعتبر في الربا المعاملي أن يكون العوضان من المكيل أو الموزون، والنقود الورقية ليست منهما، بل هي من المعدودات، ولذا اصطلح على من يبيع غير المسكوك منها بالصائغ، فيجوز وقوع البيع بينها بالتفاضل.

نعم، لو كانت طريقا إلى الذهب والفضة بحيث وقعت المعاملة بهما عرفا فيجري الربا حينئذ.

والحمد لله أولا وآخرا

فهرست الجزء السابع عشر
من كتاب مهذب الاحكام
فصل في شرائط العوضين

فصل في الخيارات

فصل في الشروط

فصل في أحكام الخيار

فصل فيما يدخل في المبيع

فصل في النقد والنسية

فصل في القبض والتسليم

فصل في الربا